الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد
(٣)

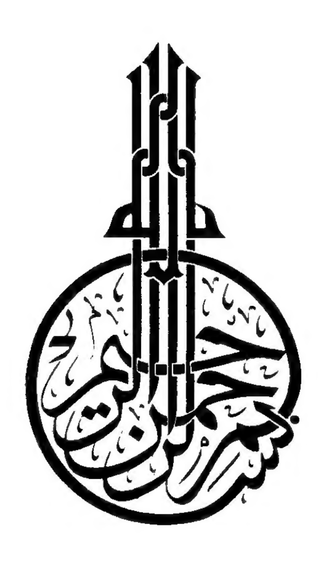
المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي

إخراج جديد
مع صياغة كاملة لنصوص تلك النظرية

تأليف

مصطفى أحمد الزرقا
أستاذ الشريعة الإسلامية والقانون المدني
في كلية الشريعة وفي كلية الحقوق بجامعة دمشق سابقاً

دار القلم
دمشق



المدخل إلى

نظرية الالتزام العامة

في الفقه الإسلامي

الطبعة الأولى

١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م

تُطلب جميع كتبنا من :

دار القلم - دمشق : ص.ب : ٤٥٢٣ - ت : ٢٢٢٩١٧٧

الدار الشامية - بيروت - ت : ٦٥٣٦٥٥ / ٦٥٣٦٦٦

ص.ب : ٦٥٠١ / ١١٣

توزع جميع كتبنا في السعودية عن طريق

دار البشير - جدة : ٢١٤٦١ - ص.ب : ٢٨٩٥

ت : ٦٦٠٨٩٠٤ / ٦٦٥٧٦٢١



مُقدِّمة هذا الإخراج الجديد
لهذا الجزء الثالث

- ١ -

كان هذا الجزء الثالث من سلسلة **(الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد)** مخصصاً ومقصوراً - بعد المدخل الفقهي العام - لأن يكون مدخلاً تمهيدياً لصياغة النظرية العامة للالتزامات في الفقه الإسلامي، على غرار الصياغة التي تقوم عليها تلك النظرية العامة في القانون المدني وفقهه.

وكان في النية بعد هذا المدخل التمهيدي لنظرية الالتزام العامة أن تأتي بعده في جزء رابع تلك النظرية بأحكامها العامة وقواعدها مصوغة على غرار صياغتها وترتيبها التقليدي في القانون وفقهه. ثم يتلوها بعد ذلك في جزء خامس وما يليه العقود المسماة عقداً فعقداً، مصنفة إلى زمر تبدأ بزمرة العقود الناقلة للملكية. وفي طليعتها عقد البيع الذي هو أبو العقود. هذه كانت نيتي، وما كان في تخطيطي وتقديري.

وشاءت الأقدار أن أتقاعد عن العمل التدريسي في جامعة دمشق ببلوغ السن القانونية للتقاعد قبل أن يتيسر لي كتابة النظرية العامة نفسها وإخراجها في جزء رابع، فبقيت النظرية العامة حلقة مفقودة في السلسلة، وبدأتُ خلال ذلك العقود المسماة بالجزء الرابع.

- ٢ -

وقد حدث بعد ذلك أن الدائرة القانونية في جامعة الدول العربية في الفترة التي نُقلتْ فيها إلى تونس قررت وضع مشروع قانون مدني للبلاد العربية

مستمداً من الفقه الإسلامي بمختلف مدارسه ومذاهبه، ومن أصول الشريعة الإسلامية. واختارت لوضع هذا المشروع لجنة خبراء كنت أنا واحداً منهم. فقمنا خلال أربع سنوات/ ١٩٨١ ـ ١٩٨٤م/ بوضع نصوص للركن الأساسي من القانون المنشود، وهو النظرية العامة للالتزامات ـ والتي هي بمثابة العمود الفقري منه ـ مع تأصيل تلك النصوص على الفقه الإسلامي وأصوله، مادة فمادة.

وبعد ذلك توقفت جامعة الدول العربية عن متابعة المشروع بالطريقة نفسها لأنها طريقة مكلفة وتحتاج إلى زمن ـ شأن كل عمل دقيق متقن ـ ولكن الربح كل الربح قد تحقق بتمام صياغة نصوص النظرية العامة من أولها إلى آخرها، وتأصيل كثير منها تأصيلاً متيناً، فإن صياغة نصوص هذه النظرية وتأصيلها مادة فمادة هو أشق عمل في هذا المشروع الجلل، وقد تحطمت على صخرتها جهود سابقة كثيرة. وقد كان من مهمتي أنا خلال هذا العمل تأصيل مواد (الفعل الضار) الذي هو المصدر الثالث من مصادر الحقوق الشخصية والالتزامات، مع تأصيل الباب التمهيدي للقانون.

ثم إني نشرت عملي في صياغة مواد الفعل الضار وتأصيلها في كتاب مستقل يحمل عنوان: (الفعل الضار: والضمان فيه)، وبمناسبة نشري إياه نشرتُ مع الفعل الضار **نصوص النظرية العامة** التي قضينا أربع سنوات في صياغتها وتأصيلها، وقد كان في تخطيطي لأجزاء هذا الكتاب (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد) أن تكون هي موضوع الجزء الرابع.

وبما أني قد نشرتها نصوصاً دون تأصيل، وبما أن هذا الجزء الثالث يحمل عنوان (المدخل إلى النظرية العامة) هذه، ترجح عندي في هذا الإخراج الجديد أن أُلحِق به في آخره نصوص النظرية العامة، كما وضعناها في الدائرة القانونية بجامعة الدول العربية في تونس فيأتي المقصود بعد مدخله، ولكنْ نصوصاً فقط دون تأصيل وشرح. وبذلك تكون نصوص النظرية العامة التي ستنشر في نهاية هذا الجزء ـ الذي هو في الأصل، مدخل إليها ـ قد صيغت ونشرت في موقعها.

ثم يأتي بعد ذلك دور العقود المسماة مبدوءة بعقد (البيع والمقايضة) في جزء رابع، وهو مكتوب ومطبوع حين كنت قائماً بتدريسه في كلية الحقوق بجامعة دمشق على أساس مجلة الأحكام العدلية ـ التي كانت بمثابة قانون مدني مصوغ من المذهب الحنفي معمولاً بها انذاك قبل صدور القانون المدني السوري في أواخر عام ١٩٤٩م ـ ولكن منذ ذاك لم اتبع في كتابته ترتيب المجلة وأسلوبها. بل كتبته على غرار صياغة أحكام العقود المسماة وشرحها في الفقه القانوني.

وبذلك يأتي عقد البيع والمقايضة نموذجاً لما يجب عليه أن تقوم عليه كتابة سائر العقود في الفقه الإسلامي، وسيصدر إن شاء الله في إخراج جديد منقحاً ومزيداً.

ـ ٣ ـ

سرنا في هذا الجزء الثالث على المنهج الذي اتبعناه في الإخراج الجديد للجزئين الأول والثاني في السلسلة وهما (المدخل الفقهي العام)، من حيث تقسيم الكتاب إلى فصول متتابعة الأرقام من أول الكتاب إلى آخره. فالباب الأول يضم الفصول ١ ـ ٤، يليه الباب الثاني الذي يضم الفصول ٥ ـ ١١، وهكذا. وكل فصل له فقراته الخاصة به، وتستأنف من الرقم ١ في الفصل الذي يليه.

كما وضعنا في أعلى كل صفحة من الكتاب، الباب والفصل اللذين تعود إليهما تلك الصفحة، مما يسهل انتقال القارئ بسرعة إلى الموقع الذي يريد.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله نبي الهدى، وعلى آله وأصحابه، ومن بهديهم اقتدى..

مصطفى أحمد الزرقا

الرياض ـ مركز البحوث الفقهية
في ١٩ ذي القعدة ١٤١٨هـ = ١٧ آذار (مارس) ١٩٩٨م



بسم الله الرحمن الرحيم

مُقدّمة الطّبعة الأولى

بعد ما نهجنا في الجزء الأول المنهج الذي يعتبر كمدخل عام إلى الفقه الإسلامي عامة، وإلى مجلة الأحكام العدلية خاصة، رأيت أن أشرع، في هذه الأجزاء التالية، بصوغ الأحكام الفقهية التي تشرح المجلة صياغة الفقه القانوني الحديث في شرح نظرية الالتزام العامة والعقود المسماة أسلوباً وترتيباً، فيلبس الفقه الإسلامي بذلك ثوباً جديداً يتفق مع الأذواق القانونية المعاصرة في صياغته ومظهره، ويحافظ في الأحكام والأنظار الفقهية على أصله وجوهره. وهذا ما تقتضيه الدراسة الجامعية وحاجة العصر.

وإني أعلم ما في هذه الخطوة من خطورة ومن جهود عظيمة، فإن الفقه القانوني والقوانين الحديثة المنشأة على أساسه تسير من الأصول والمبادئ العامة بترتيب خاص، إلى فروع الأحكام الجزئية التي تقوم على أساس تلك المبادئ العامة أو تستثنى منها. وفقهنا ـ ومنه مجلة الأحكام العدلية ـ يسير بعكس ذلك، فيعالج الفروع مباشرة، وينثر أجزاء المبادئ العامة والأصول الكلية في طريقه بحسب المناسبات.

فجمع أجزاء هذه المبادئ العامة من مختلف الأبواب، واستيحاؤها غالباً من فروع الأحكام وعللها، ثم ضم كل جزء إلى أخيه ليستخلص من كل مجموعة منها الأصل الشرعي الذي يحكم فيها لتقريره ورد الفروع إليه، كل ذلك يستدعي من الجهد والوقت ما يجب أن يتعاون عليه جماعة من فقهاء الشريعة والقانون، ينصرفون بكل مواهبهم إليه.

وقد بدأ بعض الأساتذة المعاصرين ببحث جوانب من الفقه الإسلامي على هذا النحو، كرسالة «**النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية**»

للدكتور الأستاذ شفيق شحاتة، فقد أخرج منها الجزء الأول في طرفي الالتزام، فمهد للموضوع بعض التمهيد، وليته يكمل، وكمذكرة الأستاذ الكبير الشيخ أحمد إبراهيم إبراهيم في «**بيان الالتزامات في الشريعة الإسلامية**» وهي خطوة يسيرة وخطوط أولية كانت تفيد هذا الموضوع لو توبعت وأكملت، وإن كانت لا تتفق تماماً مع الطريقة التي نحن بصددها وبحاجة إليها، وقد عاقه عن متابعة بدايتها والتوسع فيها مرضه ثم وفاته رحمه الله، وككتاب «**الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**» للأستاذ الجليل الشيخ محمد أبي زهرة، وقد اقتصر فيه على بحث العقد دون بقية مصادر الالتزام، كما أنه لم يبحث إلا عن إنشاء العقد دون آثاره وانحلاله.

على أن شروح نظرية الالتزام في الفقه الأجنبي إلى جانب ذلك بين أيدينا بمباحثها وطريقتها يسهل علينا بعض التسهيل هذه المهمة في فقهنا، فلم نبق في حاجة إلى ابتكار مخطط الموضوع في شتى شعبه ونواحيه، بل تقتصر حاجتنا على التتبع والاستقصاء لاستخراج ما يناظر أجزاء تلك النظرية الأجنبية ويقابلها في فقهنا الجم، ثم سبكه بترتيبها. وبذلك تتجلى الحيوية التي يجب أن نتعرفها في عناصر فقهنا العظيم.

وهذا ما صح عزمي عليه بفكرة مفاجئة بعد شروعي في دروس هذا العام على طريقة ترتيب المجلة التقليدي، فحولت الشراع على عجل، وغيرت الاتجاه بشيء من التردد والوجل، لما يعوزني في هذا العمل من سعة وقت، وسابق تفكير واستعداد.

فلتكن هذه المحاولة نظرة عجلى، ورائداً في فقهنا الإسلامي لأسلوب مستقر، وتنقيح مستمر.

وقد رأيت أن أجعل هذا الجزء الثاني من سلسلة «الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد» مدخلاً خاصاً[1] إلى «نظرية الالتزام العامة» في الفقه الإسلامي،

---

(١) كان هذا الجزء في ترتيب سلسلة «الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد» جزءاً ثانياً عنوانه «نظرة عامة في الحق والالتزام والأموال والأشخاص في الفقه الإسلامي» فغيرنا عنوانه في =

بمثابة قسم تمهيدي يجمع المعلومات التمهيدية الضرورية لفهم النظرية العامة التي تأتي بعده في الجزء الرابع إن شاء الله.

ويتكون هذا القسم التمهيدي في هذا الجزء من ثلاثة أبواب:

الأول: يبحث في معلومات عامة عن الحق والالتزام.

والثاني: يبحث في الأموال وأقسامها وأحكامها العامة.

والثالث: يبحث في الأشخاص من طبيعية واعتبارية وفي أحوالها وأحكامها العامة إجمالاً.

ومن الله تعالى استمد العون. واستوحي هداية السبيل، إنه حسبي ونعم الوكيل.

دمشق في ٩ من ربيع الأول سنة ١٣٦٥هـ
الموافق ١٠ من شباط سنة ١٩٤٦م

مصطفى أحمد الزرقا

= الطبعة الثالثة، فصار بعنوان «المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي»، كما أنه أصبح جزءاً ثالثاً بعدما أصبح «المدخل الفقهي العام» جزءين.



تقسيمات هذا الكتاب ورموزه واصطلاحاته

في هذا الإخراج الجديد صارت الوحدات الأساسية الصغرى المكونة للكتاب هي الفصول. وكل مجموعة فصول متناسبة الموضوع تؤلف باباً.

والفصول ذات أرقامٍ متصلة متسلسلة من أول الكتاب إلى آخره، كما بيَّنا في المقدمة.

وجميع الإحالات إلى المدخل الفقهي (ج١و٢) هي لفصول وفقرات الإخراج الجديد للمدخل، الصادر عام ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٨م.

وقد استعملنا في العزو والإحالة اصطلاحات نوضحها فيما يلي:

١ ـ الرقمان بعد اسم سورة من القرآن أولهما للسورة والثاني للآية فيها. فإذا كان بعد اسم السورة رقم واحد فهو للآية.

٢ ـ حرف الراء المجردة هو فعل أمر من الرؤية بمعنى: انظر.

٣ ـ حرف الفاء المتلو برقمين هو رمز إلى الفصل، ثم أول الرقمين عائد إلى الفصل، والرقم الثاني للفقرة المقصودة فيه.

مثال: (ر: ف١٧/٦) معناه: انظر الفصل السابع عشر ـ الفقرة ٦ منه.

٤ ـ حرف الميم مسبوقاً باسم كتاب ذي مواد متسلسلة كمجلة الأحكام العدلية يراد به المادة ذات الرقم من الكتاب المذكور. وقد نستغني في هذه الحال عن الميم، مثل (ر: المجلة/ ٢٧٠)، أي انظر المادة/ ٢٧٠ من مجلة الأحكام العدلية.

٥ ـ حرف الجيم (ج) رمز للجزء من كتاب ذي أجزاء متعددة، وحرف الصاد (ص) رمز للصفحة. وقد نكتفي بذكر رقم الجزء ورقم الصفحة فقط مفصولاً بينهما بخط مائل هكذا مثلاً: (البدائع ٥/ ٦٧) فالرقم الأول للجزء، والثاني للصفحة. وإذا كان الكتاب جزءاً واحداً فالرقم بعده للصفحة.

٦ ـ حرف القاف مع الميم (قم) متلواً برقم هو رمز للقانون المدني السوري الجديد، والرقم للمادة المقصودة منه.

٧ ـ إذا ذكرنا في العزو والإحالة إلى المواد أو الصفحات أو الفقرات رقمين بينهما خط أفقي هكذا مثلاً: (١٦ ـ ٢٠) فالمراد شمول الإحالة أيضاً جميع ما بين الرقمين المذكورين من أرقام متسلسلة.

٨ ـ حيثما عزونا إلى صفحة من كتاب «الدر المختار» وحاشيته «رد المحتار» دون تعيين الطبعة، فالمراد الطبعة الأولى الأميرية ذات القطع الكبير.

وإذا عزونا إلى «تنقيح الفتاوي الحامدية» فالمراد الطبعة الكاستلية سنة ١٢٨٠هـ.

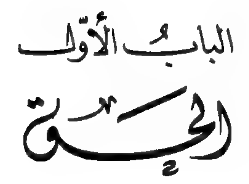
وإذا عزونا إلى كتاب «الدرر شرح الغرر» فالمراد طبعة إسطنبول.

٩ ـ عند تكرار العزو إلى كتاب بعد فاصل قصير إذا وضعنا بعد اسم الكتاب كلمة (أيضاً) فمعناه: نفس الجزء والصفحة المعزو إليهما منه قبل ذلك.

مثال: فإذا قيل مثلاً: (ر: ف٧/ ٢، وج١ ف٤/ ٤ والمجلة/ ٢٥٠، وقانون الأحوال الشخصية م/ ٥٠ ـ ٥٥/ ورد المحتار ٣/ ٢٠٠/ وقم/ ٣٨٤) فمعناه:

الفصل ٧ الفقرة ٢ من هذا الكتاب؛ وانظر الجزء الأول وهو المدخل الفقهي الفصل ٤ الفقرة ٤، والمادة/ ٢٥٠/ من المجلة، والمواد من ٥٠ إلى ٥٥ من قانون الأحوال الشخصية، والصفحة/ ٢٠٠/ من الجزء ٣ من رد المحتار، والمادة/ ٣٨٤/ من القانون المدني السوري.

١٠ ـ الحواشي المميزة بنجم (*) بجانب رقمها غير مطلوبة من الطلاب، بل هي لمن يريد التعمق نظير الملحقات في أواخر الفصول.



سنقدم في البابين الأول والثاني معلومات عامة عن فكرة الحق والالتزام ومَنْشَئِهما ومصادرهما.

الفصل الأول

منشأ فكرة الحق، ومعناه وتعريفه

١/١ ـ منشأ فكرة الحق:

إن فكرة الحق في ذاتها هي ثمرة من ذلك التفكير الاجتماعي في الرأي العام البشري. فقبل أن يبدأ البشر بالمعيشة المجتمعة وتتولد من أعمالهم فيها علائق دعتهم إلى التفاهم على حدود وشرائط توضع لتلك الأعمال والعلائق، وعلى نتائج تحدد لها، لا يمكن أن يتصور الشيء الذي سمي بالحق.

ولكن كل جماعة من الجماعات التي صارت تتكل على نفسها في عهد الإنسان الأول، وتعيش عيشة مشتركة متعاونة، كانت تجد نفسها أمام حاجات دائمة التولد من لوازم الغذاء والكساء والمأوى. وتلك الحاجات تدفع بأصحابها إلى التماس وفائها مما في أحضان الطبيعة أو مما في حيازة الآخرين. فتصادم الاحتياجات، وتعارض الإرادات والحريات في اكتساب ما يقوم بوفاء تلك الحاجات، كان هو الشيء الذي يشترك في الشعور به كل جماعة في كل مجتمع. وكان هذا هو العامل الوحيد في الشعور بضرورة وضع النظام بجانب الحاجات، كي لا تطغى حاجة إنسان على حاجة غيره، ولا تصطدم حريته بحرية سواه.

وليس هذا النظام الذي شعرت به البشرية جمعاء شعورها بالحاجة إلى الغذاء والكساء في أقدم عصورها سوى فكرة الحق الذي يضع حداً يحجز بين حاجات الناس أن تلتهم إحداها الأخرى. ويحول بين حريات الأفراد أن تصطدم فتتهاتر وتنهار.

ففكرة الحق هي النظام الذي يخط لتلك الحريات الاكتسابية مسالكها على هذه الأرض الواسعة، كي تصل كل حرية بصاحبها إلى حوائجه بلا اصطدام وإن طال الطريق، مثلما تجري الكواكب في أفلاكها وطرائقها من الفضاء الواسع كما وجهها بارئها لا تحيد فلا تصطدم.

ومن ثم تواردت آراء البشر أجمعين منذ أقدم العصور على الإقرار بفكرة الحق، وتكون هذا الرأي العام البشري حول حرمتها والاحتجاج بها. وقد تسلسل ذلك وازداد على الدهور تمتيناً وتمكيناً بنمو الإدراك الاجتماعي، وبتوسع الحياة المدنية، وازدياد الشعور بمعنى الحق، وإن تفاوتت عقول البشر ومداركهم وأعرافهم وحاجاتهم في تحديد جزئيات هذا المفهوم الكلي للحق، وتعيين مواقعه، ورسم طرقه، كما يتفاوت خضوعهم لحرمة الحق وقدسيته.

وهذا الاختلاف في تعيين مواقع الحقوق وفي حرمتها كان من أعظم الأسباب التي منعت البشرية أن تعيش في نعيم مطمئن بعد اتفاقهم على فكرة الحق.

وقد جاءت الشرائع الإلهية، وآخرها الشرع الإسلامي، بالنظم المدنية لتعيين هذه الحقوق الجزئية التي قد يخطئ ويصيب البشر في تعيينها، ولتفرض حرمتها وقدسيتها فتصلها بإرادة البارئ تعالى.

وقد تكفل الفقه الإسلامي من هذه النظم والأحكام، أصولاً وفروعاً، بأوسع ما عرفه تاريخ التشريع.

١/٢ ـ معنيا الحقوق:

والحقوق لها معنيان أساسيان:

أ ـ فهي، أولاً، تكون بمعنى **«مجموعة القواعد والنصوص التشريعية»** التي تنظم، على سبيل الإلزام، علائق الناس من حيث الأشخاص والأموال.

فهي بهذا المفهوم قريبة من مفهوم خطاب الشارع المرادف لمعنى «الحكم» في اصطلاح علماء أصول الفقه، أو لمعنى «القانون» في اصطلاح علماء القانون.

وهذا المعنى هو المراد عندما نقول مثلاً: الحقوق المدنية، أو القانون المدني.

ب ـ وهي ثانياً، تكون جمع «حق» بمعنى السلطة والمكنة[1] المشروعة، أو بمعنى المطلب الذي يجب لأحد على غيره.

وهذا هو المراد في مثل قولنا: إن للمغصوب منه حق استرداد عين ماله لو قائماً، وأخذ قيمته أو مثله لو هالكاً؛ وإن للمشتري حق الرد بالعيب، وإن التصرف على الصغير هو حق لوليّه أو وصيه، ونحو ذلك.

والحق بهذا المعنى هو غالباً موضوع الدراسة. وتحت مفهومه العام أنواع وأقسام.

١/٣ ـ تعريف الحق بمعناه العام:

ولم أر للحق بمفهومه العام تعريفاً صحيحاً جامعاً لأنواعه كلها لدى فقهاء الشريعة أو القانون.

ويمكننا تعريفه كما يلي:

«الحق هو اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً».

وذلك كحق الولي في التصرف على من تحت ولايته، فإنه سلطة لشخص على شخص؛ وكحق البائع في طلب الثمن من المشتري، فإنه تكليف على الثاني لمصلحة الأول؛ وكحق الوارث في ملكية أعيان التركة الموروثة، وحق الإنسان في منفعة العقار الموصى له بمنفعته، فإنهما سلطة لشخص على شيء.

وإليك تحليل هذا التعريف وإيضاحه:

١ ـ الاختصاص هو علاقة تشمل الحق الذي موضوعه مالي كاستحقاق

---

(١) المكنة (بفتح فكسر) في اللغة: بمعنى القوة، أو الشدة، أو السلطة، من قولهم: مكنته من الشيء تمكيناً، إذا جعلت له عليه سلطاناً وقدرة. (ر: المصباح المنير).

الدين في الذمة بأي سبب كان، والذي موضوعه ممارسة سلطة شخصية كممارسة الولي ولايته والوكيل وكالته. وكلاهما حق لشخص فيجب أن يتناوله التعريف.

٢ ـ هذه العلاقة لكي تكون حقاً يجب أن تختص بشخص معين أو بفئة، إذ لا معنى للحق إلا عندما يتصور فيه ميزة ممنوحة لصاحبه وممنوعة عن غيره: فالثمن يختص به البائع، وممارسة الولاية أو الوكالة يختص بها الولي أو الوكيل. فلا وجود لفكرة الحق إلا بوجود الاختصاص الذي هو قوامها وحقيقتها.

وبذلك تخرج العلاقة التي لا اختصاص فيها وإنما هي من قبيل الإباحات العامة كالاصطياد، والاحتطاب من البراري، والتنقل في أجزاء الوطن، فلا تعتبر حقاً بالمعنى المراد هنا، وإنما هي رخصة. ولكن إذا منح إنسان امتيازاً باستثمار شيء من هذه المباحات فانحصر به يصبح ذلك حقاً له.

٣ ـ إنما اشترط إقرار الشرع لهذا الاختصاص وما ينشأ عنه من سلطة أو تكليف، لأن نظرة الشرع هي أساس الاعتبار. فما اعتبره الشرع حقاً كان حقاً، وما لا فلا.

٤ ـ وإنما قلنا: **«سلطة أو تكليفاً»** لأن الحق تارة يتضمن سلطة، وتارة تكليفاً.

والسلطة نوعان: سلطة على شخص، وسلطة على شيء معين.

ـ فالسلطة على شخص كحق الولاية على النفس، إذ يخول الولي أن يمارس سلطة على القاصر تأديباً وتطبيباً وتعليماً وإيجاراً وتزويجاً وغير ذلك. وكذلك حق حضانة الصغير وتربيته.

والسلطة على شيء معين كحق الملكية، فإنها سلطة للإنسان على ذات الشيء، كما سنرى قريباً؛ وكحق التملك بالشفعة، وحق الانتفاع بالأعيان، وحق الولاية على المال.

ـ أما التكليف فهو دائماً عهدة على إنسان. وهو إما عهدة شخصية كقيام الأجير بعمله، وأما عهدة مالية كوفاء الدين.

فالعطف بحرف (أو) في قولنا: «سلطة أو تكليفاً» يفسح مجالاً لتوزيع موضوعي الحق وهما (السلطة والتكليف) على موضعهما وهما: الشخص والشيء، بحسب ما يناسب كلا منهما:

فالحق في الشيء هو سلطة لصاحبه عليه أبداً. والحق على الشخص هو إما تكليف عملي أو مالي عليه، وإما سلطة لغيره كما رأينا في الأمثلة.

٥ ـ أن هذا التعريف، كما يشمل بعمومه جميع أنواع الحقوق المدنية، يشمل الحق الديني لله تعالى كفروضه على عباده من صلاة وصيام ونحوهما.

ويشمل أيضاً الحقوق الأدبية كحق الطاعة في معروف للوالد على ولده، وللرجل على زوجته.

وكذا يتناول حقوق الولاية العامة في إقرار النظام، وقمع الإجرام، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والجهاد، ونشر الدين والدعوة؛ لأن كل ذلك وأشباهه إما سلطة يختص بها من أثبتها له الشرع، وإما تكليف بأمر على مكلف به شرعاً.

على أنه لا علاقة لما سوى الحقوق المدنية بموضوع دراستنا هنا، ولكن التعريف للحق بمعناه العام يجب أن يكون شاملاً لجميع أنواعه.

أما الحق المالي وحده فيمكن تعريفه بأنه: «اختصاص له قيمة مالية بين الناس»، أو هو: «اختصاص مشروع بمنفعة ذات قيمة مالية بين الناس»، وهذا أحسن وأوضح.

٦ ـ بما تقدم يتبين أن الحق بهذا المعنى الاصطلاحي لا يشمل الأعيان المملوكة، لأنها أشياء مادية وليست اختصاصاً فيه سلطة أو تكليف.

ويؤيد ذلك أن الفقهاء يذكرون الحقوق في مقابلة الأعيان، والحنفية يذكرونها في مقابلة الأموال، ويقولون: أن الحق ليس بمال.

(ر: كتاب «الحق والذمة» للأستاذ الفقيه الشيخ علي الخفيف أستاذ الشريعة الإسلامية في كلية الحقوق بالقاهرة).

وهذا يتفق مع رأي المحققين من علماء القانون. إذ يرون أن قول القائل: «هذا الشيء ملكي» هو من قبيل المجاز العرفي، وإنما التعبير الحقيقي أن يقال: «الشيء الذي لي فيه حق ملكية»[1].

---

(١) عرف الأستاذ العلامة عبد الرزاق ألسنهوري الحق بمعناه العام في المعاملات بأنه: **(مصلحة مالية يقرها القانون للفرد)** (نظرية العقد ص/ ٢).
وهذا التعريف في الأصل هو للفقيه الألماني (إهرنج) وهو ينتقد من وجوه:
أولاً: أنه مقصور على الحق في المعاملات، فلا يشمل بعض الحقوق الناشئة في زمرة الأحوال الشخصية كحق الولي والوصي في ممارسة سلطتهما على القاصر، وحق الزوج في طاعة زوجته له ومتابعتها.
ثانياً: أنه أيضاً غير جامع لأفراد الحقوق في المعاملات من جهة تقييده بأنه ذو **قيمة مالية**، فإنه لا يتناول الحقوق التي هي من قبيل الصلاحيات غير المالية كحق الوكيل في ممارسة العمل الموكل به، فإن حقه في هذه الممارسة ليس مصلحة مالية وإنما هو سلطة. وإن كان العمل موضوع الصلاحية ذا قيمة مالية.
ثالثاً: إن الحق ليس هو المصلحة التي يفسرونها بالمنفعة ذاتها، وإنما هو اختصاص الشخص بهذه المصلحة وعلاقته بها. فليست المصلحة في الحقيقة سوى متعلق للحق، أي محل له، وليس هو إياها، وإنما هو صلة أو علاقة اختصاصية بين الشخص وبين المصلحة.
ولذلك لجأ بعض القانونيين بعد (إهرنج) إلى تعديل هذا التعريف فقالوا: **(الحق هو القدرة على القيام بأعمال معينة لتحقيق مصلحة يحميها القانون)**.
(ر: «النظرية العامة للحق» للدكتور شفيق شحاتة ف/ ٧ ـ ٨).
وهذا التعريف أيضاً غير سديد لأن القدرة، وهي المكنة القانونية، إنما هي أثر للحق ونتيجة يستلزمها، وليست هي الحق نفسه، كما أنه يحصر الحق في قيام صاحبه بأعمال بينما للحق صور أخرى كحق الزوج على زوجته في الطاعة المشروعة.
وهناك تعريفان آخران للحق بمعناه العام:
فالشيخ عبد الحليم بن محمد أمين اللكنوي في حاشيته «قمر الأقمار» على كتاب «نور الأنوار» شرح «المنار» في علم أصول الفقه قد عرف الحق بأنه (حكم يثبت).
وهذا التعريف غير قويم، لأن الحكم في اصطلاح الأصوليين هو: (خطاب الشارع) من أمر ونهي ونحوهما، وإن الحق أثر لهذا الخطاب ينشأ عنه وليس هو إياه.
وإن أريد بالحكم معناه في اصطلاح الفقهاء، وهو الأثر المترتب على الحادث كانتقال الملكية بالبيع، واحتباس المرهون بعقد الرهن إلخ. . . كان التعريف أيضاً غير مفيد، =

. . . .

= لأن لفظ الحكم عام يشمل ما جعله الشارع مباحاً، وما شرعه على سبيل الاستحسان لا الإلزام. فيكون التعبير بلفظ (الحكم) مبهماً لا يبين حقيقة مفهوم الحق ومميزاته التي يجب أن يكشف عنها التعريف وهي الاختصاص، والسلطة أو التكليف.

وقد نقل تعريف اللكنوي الأستاذ الجليل الشيخ علي الخفيف، وانتقده بأنه تعريف عام يبين بعض جهات الحق دون بعضها الآخر. ثم عرفه هو تعريفاً آخر بقوله: **(الحق هو مصلحة مستحقة شرعاً)**.

(ر: كتاب الحق والذمة ص/٣٦).

ولكن هذا التعريف أيضاً فيما أرى غير محكم لعدة ملاحظات:

أولاً: لأنه كسابقه لا يبين خصائص الحق المميزة له.

ثانياً: لأن الحق ليس هو المصلحة التي فسرها الأستاذ الخفيف بالمنفعة ذاتها، وإنما هو العلاقة الاختصاصية بها لصاحب الحق، كما أوضحناه في نقد تعريف الأستاذ السنهوري.

ثالثاً: لأن في هذا التعريف ما يسميه المناطقة **(دوراً)** ويسمى في اصطلاح الفلسفة الحديثة: **(دائرة فاسدة** Vice circle) وهو أن يؤخذ في التعريف الشيء المراد تعريفه أو بعض مشتقاته، كما لو قيل مثلاً في تعريف العلم: (العلم هو إدراك المعلوم)، إذ يتوقف عندئذ فهم التعريف على معرفة سابقة بالعلم المراد تعريفه، بينما هذه المعرفة متوقفة على فهم التعريف، وهذا ممنوع في التعاريف.

فإذا قيل هنا: **(الحق هو مصلحة مستحقة شرعاً)** لم تمكن معرفة الحق الاصطلاحي إلا بفهم معنى كلمة **(المستحقة)** وهذه لا يفهم معناها إلا بمعرفة الحق فيحصل التمانع.

ولذا استقر رأيي على التعريف الذي وضعته في هذا الكتاب، وأرجو أن يكون سديداً.

الفصل الثاني

تقسيم الحق في الفقه الإسلامي إلى عيني وشخصي

تقسيم الحق إلى مالي وغير مالي - تقسيم الحق المالي إلى شخصي وعيني - إيضاح النوعين - الحقوق العينية أصلية وتبعية ثمرات التمييز بين الحقين: الشخصي والعيني - رأي الأستاذ السنهوري فيه بالنسبة إلى الفقه الإسلامي، ونقد هذا الرأي - انقلاب أحد الحقين إلى الآخر - اشتباه النظر بينهما أحياناً.

٢/ ١ - تقسيم الحق:

يتضح مما تقدم أن الحق بمعناه العام ينقسم إلى قسمين أساسيين: مالي، وغير مالي.

- فالحق المالي هو ما يتعلق بالمال كملكية الأعيان أو الديون أو المنافع.

- وغير المالي كحق الولي في التصرف على الصغير بتعليمه وتأديبه، والحقوق السياسية أو الطبيعية كحق الانتخاب وحق الحرية.

ثم أن الحق المالي وهو المقصود ببحثنا هنا يتفرع إلى نوعين مهمين وهما: **الحق الشخصي، والحق العيني.**

٢/ ٢ - (أ) الحق الشخصي والالتزام:

كل علاقة شرعية بين شخصين يكون أحدهما فيها مكلفاً تجاه الآخر أن

يقوم بعمل فيه مصلحة ذات قيمة للآخر، أو أن يمتنع عن عمل مناف لمصلحته، مهما كان مصدر تلك العلاقة، فإنها تفسر في الاصطلاح الفقهي ويعبر عنها بأنها **حق شخصي** للمستفيد منها كما أنها في الوقت نفسه **التزام** على الآخر المكلف بها.

ينطبق هذا على العلائق التي تنشئها تصرفات الإرادة ـ العقد، والإرادة المفردة ـ كما في البيع مثلاً، فإن أحد المتبايعين ـ المشتري ـ هو صاحب حق في تسلم المبيع، والآخر ـ البائع ـ ملتزم بالتسليم، وفي الوقت نفسه يعتبر هذا البائع الملتزم بتسليم المبيع صاحب حق في قبض ثمنه، وذلك المشتري صاحب الحق في استلام المبيع ملتزماً بدفع ثمنه.

٢/ ٣ ـ وينطبق هذا التحليل أيضاً على العلائق التي تنشأ وتتولد من الأفعال: فمن يأتي فعلاً ضاراً بغيره في جسمه أو ماله يترتب عليه التزام نحو المضرور بتعويض مالي عن الضرر الذي ألحقه به كما ينشأ للمضرور حق عليه بذلك التعويض. فالضار ملتزم، والمضرور صاحب حق شخصي، أو ملتزم له.

وينطبق أيضاً على العلائق التي يوجبها القانون مباشرة كالنفقة بين الأقارب، للفقراء العاجزين منهم على الأغنياء، فالغني ملتزم قانوناً بالنفقة على قريبه الفقير العاجز عن الكسب بحدود وشرائط معينة، وذلك الفقير صاحب حق شخصي على قريبه الغني المذكور.

وهكذا يقال في كل علاقة متشابهة بين شخصين مهما كان مصدرها المولد لها.

٢/ ٤ ـ تعريف الحق الشخصي:

ويمكننا تعريف الحق الشخصي بأنه: «**مطلب يقره الشرع لشخص على آخر**».

وهذا الحق يكون متعلقه:

- تارة قياماً بفعل ذي قيمة لمصلحة صاحب الحق.

- وتارة امتناعاً عن فعل مناف لمصلحته.

وذلك كحق كل من المتبايعين على الآخر، فإن أحدهما يستحق على الآخر أداء الثمن، والآخر يستحق تسليم المبيع، وكل من هذين الحقين فعل.

وكذا حق المودع على الوديع في أن لا يستعمل الوديعة، وهذا امتناع عن فعل.

٢/ ٥ ـ الحق العيني:

فإذا كانت العلاقة الحقوقية المباشرة ليست بين شخصين أحدهما مستحق على الآخر وذلك الآخر مكلف ومسؤول، ولكنها بين شخص وشيء مادي معين بذاته بحيث يكون الشخص ذا مصلحة اختصاصية تخوله **سلطة مباشرة** على عين مالية معينة، فإن هذه العلاقة تفسر ويعبر عنها في لغة القانون بأنها **حق عيني** في ذلك الشيء المعين لصاحب السلطة عليه. وذلك كحق الملكية، فإنه سلطة قانونية مباشرة لصاحبه المالك على الشيء المملوك. وهذه السلطة لا يتوقف تحقق معناها قانوناً ولا ممارستها على وجود شخص آخر غير المالك أو وساطته، بل معناها متحقق بمجرد وجود المالك والمملوك. ويستطيع المالك ممارسة سلطته هذه على الشيء المملوك والتمتع بثمراتها المشروعة من استعمال أو استغلال أو استهلاك أو احتباس دون توقف على أحد.

ومثل ذلك يقال في حق الارتفاق المقرر على عقار معين، كحق المرور أو المسيل، أو تحميل الجذوع على الجدار المجاور، فإن المرتفق بهذه المنافع إنما ينتفع بالشيء دون وساطة شخص يتوقف عليها الاستيفاء الطبيعي لهذا الحق شرعاً[١].

---

(١) يلاحظ في هذا المقام أن التشريع العقاري الحديث يعتبر حق الارتفاق العقاري تكليفاً مرتباً على عقار معين لمنفعة عقار آخر معين، (انظر المادة/ ٩٦٠ من القانون المدني=

وكذا حق الاحتباس لعين معينة حيث يسوغه القانون توثيقاً لدين، كاحتباس المال المرهون. فالدين المرهون به هو حق شخصي بين شخصين، أما حق الدائن المرتهن في احتباس المال المرهون لديه توثيقاً لاستيفاء الدين ـ ويسمى قانوناً: **حق الرهن** ـ فهو حق عيني، أي سلطة مباشرة له على ذلك الشيء المرهون. أي أن العلاقة فيه هي بين شخص وشيء، لا بين شخص وشخص.

فليس في الحق العيني سوى عنصرين بارزين هما: **صاحبه، ومحله**، وهذا المحل هو الشيء.

وذلك بخلاف الحق الشخصي، فإن فيه رابطة شرعية حقوقية بين شخصين كما تقدم. ففيه ـ ما خلا العنصرين السالفي الذكر في الحق العيني ـ عنصر ثالث هو المكلف أو المدين.

وبذلك يكون استيفاء الحق الشخصي في الحال الطبيعية بواسطة من عليه الحق، فلا بد من التوجه إليه لطلبه منه واقتضائه.

ولذا كان استيفاء صاحب الحق الشخصي إياه بنفسه **بالقوة والعنف** دون رضى المكلف المدين ولا وساطة القضاء يعتبر في نظر الشرائع عملاً إجرامياً يعاقب عليه صاحب الحق[١].

ويلحظ في هذا المقام أنه قد يوجد حول شيء واحد حقان: شخصي

= السوري) وهذا قد يشعر بإمكان تصور بعض الحقوق العينية مجردة عن صاحب. ووجهة النظر في ذلك أن تبدل المالكين في العقارين لا يغير من وضعية الحق بين العقارين، فالحق مرتبط بالعقار لا بمالكه. ووجه التوفيق بين هذا المفهوم وبين التعريف المأثور للحق العيني هو أن الانتفاع بحق الارتفاق إنما يكون للشخص المالك وهو الذي يمارس سلطة الحق.

(١) أما إذا وقع للمدين المماطل مال في يد دائنه، فأخذ منه الدائن مقدار حقه الحقيقي دون علم المدين، فذلك جائز له ديانة. أما في نظام القضاء فإن القاضي إذا رفع الأمر إليه لا يقره عليه، بل يوجب عليه الرد ما لم يُثبت دينه ويُقضىٰ له به، كما تقدم في الجزء الأول «المدخل الفقهي العام» (ر: ج١ ف٢/ ٤ و ٨١/ ٨٧).

وعيني، باعتبارين من ناحيتين مختلفتين، كما في الشيء المغصوب، مثلاً:

ـ فملكية المالك للشيء المغصوب هو حق عيني، لأنها علاقة مباشرة بينه وبين الشيء المغصوب تقتضي له سلطة مشروعة عليه.

ـ أما حقه على الغاصب في أن يرد إليه ذلك الشيء المغصوب فهو حق شخصي، أي علاقة بينه وبين الغاصب، هو فيها مستحق للرد، والغاصب ملتزم به.

٢/٦ ـ ملاحظات:

مما تقدم عن الحقين الشخصي والعيني تلحظ وتستخلص الملاحظات التالية:

١ ـ أن الحق العيني يجب أن يكون الشيء الذي هو محله **معيناً بذاته** في الوجود الخارجي، كي تنصب عليه سلطة صاحب الحق مباشرة وبلا واسطة.

فإذا لم يكن محل الحق معيناً بذاته بل بنوعه فقط كما في شراء كمية محددة المقدار غير معينة الذات من القمح أو السكر أو نحوهما، فإن هذا المحل يكون من قبيل الدين لا العين، فلا يكون متعيناً في الوجود الخارجي، بل مكانه الاعتباري هو الذمة، فلا يكون الحق عينياً بل شخصياً.

وكذا إذا هلك المغصوب في يد الغاصب، فانتقل حق المالك من عين المغصوب إلى قيمته في ذمة الغاصب، صار حقه في القيمة حقاً شخصياً.

٢ ـ أن السلطة التي تصاحب الحق العيني على الشيء محل هذا الحق ليس معناها أن يكون ذلك الشيء في يده، بل يعتبر له هذه السلطة عليه بمقتضى حقه العيني فيه ولو كان ذلك الشيء محل الحق موجوداً في حيازة شخص آخر، بوجه مشروع، كالوديعة عند الوديع، أو بوجه غير مشروع، كالمغصوب عند الغاصب، والمسروق عند السارق. فالغاصب والسارق متسلطان على الشيء سلطة فعلية، ولكن ليس لهما حق عيني فيه، إنما الحق العيني فيه لصاحب السلطة المشروعة القانونية وهو المالك وإن لم يكن ذلك الشيء في حيازته.

٢/٧ ـ الحق العيني نوعان: أصلي وتبعي:

وبالتأمل في الأمثلة التي أوردناها عن الحق العيني يتضح أن هذا الحق نوعان:

١ ـ نوع ذو مفهوم ووجود مستقل يتحقق بمجرد وجود صاحب الحق ومحله الذي هو الشيء المعين، كحق الملكية وحق الارتفاق.

٢ ـ ونوع آخر توثيقي يثبت ويقرر لشخص دائن على مال معين لشخص آخر مديون له، ليتمكن الدائن أن يستوفي دينه منه عند عدم وفاء المدين، كحق المرتهن في احتباس المال المرهون. فهو حق عيني غير مستقل في مفهومه ووجوده، بل هو تابع للدين لأنه توثيق لاستيفائه. فإذا سقط الدين بوفاء أو بإبراء أو غير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام سقط حق المرتهن في احتباس المرهون ـ أي حق الرهن ـ لأنه تابع لذلك الحق الشخصي ـ أي الدين المرهون فيه ـ.

ـ فالنوع الأول المستقل يُسمى في الاصطلاح القانوني: حقاً عينياً أصلياً.

ـ أما غير المستقل فيسمى: حقاً عينياً تبعياً.

والحق العيني الأصلي سلطته تخول صاحبه إحدى أو جميع المكنات الثلاث التالية: ١ ـ استعمال العين محل الحق ٢ ـ واستغلالها ٣ ـ والتصرف بها.

٢/٨ ـ وهذه المكنات الثلاث إذا اجتمعت شرعاً في حق عيني كونت فيه أوسع سلطة يمكن أن يكسبها صاحب حق عيني. ولكنها لا تجتمع كلها إلا في حق عيني واحد هو ملكية الشيء. ولذلك توصف الملكية بأنها أوسع الحقوق العينية مدى.

وتوجد إلى جانب حق الملكية حقوق متفرعة عنه لا تخول صاحبها إلا بعض هذه المكنات كحق الاستعمال، وحق الانتفاع، وحق السكنى، وحقوق الارتفاق العقارية.

أما الحق العيني التبعي فسلطته لا تخول صاحبه شيئاً من هذه المكنات أو المزايا، لأن غايته توثيق حق شخصي لصاحبه كما تقدم، فسلطته تنحصر في ضمان استيفاء ذلك الحق الشخصي من المال المقرر عليه هذا الحق العيني التبعي، بطريق الأولوية على غيره من الدائنين الآخرين.

٢/٩ ـ حقوق الابتكار:

وهناك نوع ثالث حديث من الحقوق المالية أوجدته أوضاع الحياة المدنية والاقتصادية والثقافية الحديثة، ونظمته القوانين العصرية والاتفاقات الدولية، يسميه بعض القانونيين: الحقوق الأدبية، كحق المخترع والمؤلف وكل منتج لأثر مبتكر فني أو صناعي. فإن لهؤلاء حقاً في الاحتفاظ بنسبة ما اخترعوه أو انتجوه إليهم، وفي احتكار المنفعة المالية التي يمكن استغلالها من نشره وتعميمه. ومثله العلامات الفارقة الصناعية، والعناوين التجارية، وامتيازات إصدار الصحف الدورية. كل ذلك بشرائط وحدود تقررها القوانين المحلية والاتفاقات الدولية.

فهذا النوع من الحقوق لم يكن معروفاً في الشرائع القديمة، لأنه وليد العوامل والوسائل المدنية والاقتصادية الحديثة.

وهو لا يدخل في الحقوق العينية لأنه لا يرد مثلها مباشرة على شيء مادي معين، كما أنه لا يدخل في الحقوق الشخصية لأنه لا يفرض تكليفاً خاصاً على شخص معين آخر غير صاحب الحق.

والقصد من إقرار هذه الحقوق إنما هو تشجيع الاختراع والإبداع، كي يعلم من يبذل جهده فيهما أنه سيختص باستثمارهما، وسيكون محمياً من الذين يحاولون أن يأخذوا ثمرة ابتكاره وتفكيره ويزاحموه في استغلالها.

وفي الشرع الإسلامي متسع لهذا التدبير تخريجاً على قاعدة المصالح المرسلة في ميدان الحقوق الخاصة. وقد تقدم إيضاح تلك القاعدة في الجزء الأول ـ المدخل الفقهي العام ـ، فلينظر هناك (ج١ ف٥/١٢). وقد أصدر

مؤخراً مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي قراراً يؤكد ما ذكرناه)[١].

وقد رجحنا أن نسمي هذا النوع «**حقوق الابتكار**» لأن اسم «**الحقوق الأدبية**» ضيق لا يتلاءم مع كثير من أفراد هذا النوع، كالاختصاص بالعلامات الفارقة التجارية، والأدوات الصناعية المبتكرة، وعناوين المحال التجارية، مما لا صلة له بالأدب والنتاج الفكري. أما اسم «حق الابتكار» فيشمل الحقوق الأدبية كحق المؤلف في استغلال كتابه، والصحفي في امتياز صحيفته، والفنان في أثره الفني من الفنون الجميلة. كما يشمل الحقوق الصناعية والتجارية مما يسمونه اليوم بالملكية الصناعية، كحق مخترع الآلة، ومبتدع العلامة الفارقة التي نالت الثقة، ومبتكر العنوان التجاري الذي أحرز الشهرة إلخ..

٢/ ١٠ ـ ثمرة التمييز بين الحقين العيني والشخصي:

لهذه التفرقة بين الحقين العيني والشخصي ثمرات ونتائج هامة. فقد اختص كل منهما بمزايا تتناسب مع طبيعته نذكر منها ما يلي:

١ ـ لصاحب الحق العيني حق التتبع[٢].

---

(١) القرار رقم (٥) بشأن «الحقوق المعنوية» الصادر في ٦/ ٥/ ١٤٠٩هـ = ١٥/ ١٢/ ١٩٨٨م ونصه:
أولاً: الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع أو الابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها. وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً فلا يجوز الاعتداء عليها.
ثانياً: يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية ونقل أي منها بعوض مالي إذا انتفى الغرر والتدليس والغش باعتبار أن ذلك أصبح حقاً مالياً.
ثالثاً: حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعاً، ولأصحابها حق التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها. والله أعلم.

(٢) حق التتبع هو: **الحق في اقتفاء عين معينه بذاتها حيثما وجدت، للاستيلاء عليها، أو لاستيفاء منفعة منها.**
وحق التتبع هذا قد يكون ناشئاً عن تعلق الحقوق بالأعيان لذاتها، كما إذا كانت العين نفسها أو منافعها ملكاً لمتتبعها، أو كان له حق ارتفاق عليها؛ فيستولي عليها ليتمكن من=

فله أن يتبع الشيء المتعلق به حقه في أي يد انتقل إليها، أي أنه ينتقل بحقه مع العين مهما كان سبب انتقالها من يد إلى يد[1].

وعلى هذا الأساس وضع الفقهاء القاعدة القائلة:

«إن دعوى العين لا تقام إلا على ذي اليد»

فلو غصب إنسان شيئاً ثم باعه أو غُصب منه، وتناقلته الأيدي ليس لصاحبه أن يدعي على الغاصب الأول برد عينه، بل عليه أن يدعي بذلك على ذي اليد الأخيرة وإنما له أن يدعي بضمان قيمته ـ وهذا حق شخصي ـ على الغاصب الأول وعلى من بعده من ذوي الأيدي السابقة (م/ ١٦٣٥).

بخلاف الحق الشخصي، فإنه لا يطلبه صاحبه إلا من المكلف به أصالة أو نيابة، لأنه لا يمكن فيه مثل ذلك الانتقال والتتبع لأنه متعلق بذمة المكلف وعهدته الشخصية، فلا يسأل عنه غيره إلا بإرادة ذلك الغير كما في حالة الكفالة والحوالة.

أما الحق العيني موضوع البحث فإنه متعلق بعين معينة كما رأينا، لا بذمة

= التصرف أو الانتفاع بها. فذلك في الحالين نتيجة لتعلق الحق بذات العين.
وقد يكون حق التتبع ناشئاً عن تعلق حق بعين بالنظر إلى ماليتها، لا إلى ذاتها وصورتها، وذلك في حق الامتياز وحق الارتهان وحق الاحتباس (ر: ف/ ٣/ ٥ و٦)؛ فإن هذه الحقوق ما شرعت إلا لتكون وسائل لتوثيق الديون في الابتداء، واستيفائها في النهاية، عندما تجعل الأعيان المتعلقة بها محلاً للوفاء، فتباع لأجل هذا الغرض، وذلك بسبب ما تقتضيه من أولوية صاحبها على غيره من الغرماء في الاستيفاء.
وفي هذه الحال لا يظهر حق التتبع لذات العين، لأن المقصود منها هو ماليتها، فإذا استبدلت بها قيمتها المالية تعلقت هذه الحقوق بتلك القيمة وانتقلت إليها، ولا تقتفى العين ذاتها حينئذ، كما لو باع الراهن المرهون بإذن المرتهن إذ ينتقل الرهن إلى البدل.
(ر: كتاب الحق والذمة للأستاذ الجليل الشيخ علي الخفيف، ص/ ٧٩).

(١) في الفقه القانوني حق التتبع هذا مقيد بقاعدة تقول «إن حيازة المنقول بحسن نية سند للملكية» فإذا كان ذو اليد الأخيرة قد حصل على العين المنقولة بطريق مشروع وبحسن نية تستقر ملكيته فيه ولا تنزع، ولصاحب العين أن يلاحق المسؤول الذي قبل الحائز الأخير بالضمان والتعويض حرصاً على استقرار المعاملات.

شخصية. والعين يمكن أن تنتقل من يد إلى أخرى دون إرادة صاحبها كما في الغصب والسرقة والضياع، وهي مثقلة بملكية صاحبها، فينتقل حقه في عينها معها.

٢ ـ لصاحب الحق العيني التبعي ـ كما في الرهن ـ حق الأولوية والامتياز[1].

وعن هذا قال الفقهاء: إن حق المرتهن في استيفاء دينه من العين المرهونة مقدم على حقوق بقية الدائنين (م/ ٧٢٩).

أما الدائنون الشخصيون فمهما كان مصدر حقهم أو تاريخه فلا امتياز لأحدهم في التقدم على سواه، بل توزع عليهم أموال المدين بنسبة ديونهم، وقد نصوا على أن البائع لو مات مفلساً قبل تسليم **المبيع المعين** فالمشتري أولى به من سائر الغرماء بخلاف ما لو مات المشتري مفلساً قبل أداء الثمن، والمبيع قائم في تركته، إذ يكون البائع أسوة الغرماء (المجلة/ ٢٩٥، و٢٩٧) وسيأتي قريباً إيضاحه (ر: ف٢/ ١١).

فالأصل في الحق الشخصي أنه لا يخول صاحبه امتيازاً إلا بنص خاص استثنائي.

وقد وجد هذا الامتياز الاستثنائي شرعاً وقانوناً لبعض الحقوق الشخصية لاعتبارات خاصة.

أ ـ فمن هذه الاعتبارات ما يرجع إلى **الشك والريبة** في الحق المزاحم.

---

(١) حق الامتياز هو حق ممنوح لأنواع معينة من الديون أن تُستوفىٰ قَبل غيرها، إما من جميع أموال المدين، أو من جزء معين من أمواله.
ولا يتحقق هذا الحق إلا عند تزاحم عدة حقوق على الاستيفاء من مال معين ولأحدها حق التقدم على غيره، فيكون لهذا الدين المتقدم حق الأولوية أو حق الامتياز.
ومن ذلك يتبين أن الحق العيني التبعي الذي يتمتع صاحبه بالامتياز لا يكون إلا تابعاً لدين ومن ثم يسمى: حقاً تبعياً، لأنه تبع لدين فيبقى ببقائه، ويسقط بسقوطه.
(ر: كتاب الحق والذمة للشيخ علي الخفيف، ص٦٦ و٨٠).

وذلك كما في تقديم دين الصحة على دين مرض الموت، (م/ ١٦٠٢)،

ب ـ ومنها ما يرجع إلى الضرورة.

وذلك كتقديم حق تجهيز الميت وتكفينه على ديونه:

ـ فعند الحنابلة يقدم ذلك على جميع الديون.

ـ وعند الحنفية إنما يقدم على الديون العادية فقط أي غير الموثقة باحتباس عين معينة لاستيفائها منها؛ أما الديون الموثقة فتقدم على التجهيز والتكفين كدين المرتهن، وثمن المبيع قبل تسليمه.

ومن امتياز الحق الشخصي للضرورة قانوناً تقديم دين النفقة للزوجة والأولاد الصغار على بقية الديون العادية في الاستيفاء بمقتضى الأحكام القانونية لدينا، لأن النفقة تتعلق بها حياة مستحقيها.

ج ـ ومنها ما يعود إلى رجحان حق عام على حق خاص.

وذلك كامتياز ديون الضرائب الحكومية على ديون الناس العادية فتستوفى أولاً من طابق المفلس أو تركته في الأحكام القانونية.

٣ ـ يتم إسقاط ما يصح إسقاطه من الحقوق العينية بإرادة صاحبه المنفردة.

وذلك كالمرتهن فإن له فسخ الرهن وإن أبى الراهن.

بخلاف الحق الشخصي، فإن إسقاطه بإرادة صاحبه، كما في الإبراء عن الدين، والحط من ثمن المبيع، لا بد فيه من موافقة المدين ولو ضمنا، وذلك بأن لا يرفض الإسقاط. ولذا كان من أحكام الإبراء أنه يرتد برد المدين إذ قد يراه منافياً لمصلحته المعنوية (المجلة/ ٧١٦ و١٥٦٨).

وإنما قلنا: (ما يصح إسقاطه)، لأن من الحقوق العينية ما لا يقبل الإسقاط، كحق الملكية على ما تقدم في بحث خصائص الملكية في الجزء الأول (ف٢٥/ ٦).

٤ ـ إن الحق العيني الناشئ عن عقد إذا هلك محله قبل تنفيذ العقد استحال تنفيذه وبطل العقد.

وذلك كالمبيع المعين إذا هلك قبل التسليم (المجلة/ ٢٩٣)، والمأجور إذا هلك قبل التمكن من استيفاء المنفعة.

حتى إنه في العقود المستمرة[١] كالإجارة، والرهن، إذا هلك محل الحق العيني، ولو بعد البدء بالتنفيذ، انتقضت تلك العقود لاستحالة استمرارها، كما لو هلك المأجور أو المرهون، إذ تبطل هذه العقود، ولا يكلف الطرف الآخر تقديم مال يحل محل الهالك.

٥ ـ إن الحق العيني يسقط بهلاك العين التي هي محله، لتعلقه بذاتها. ثم إذا كان هناك مسؤول عن هذا الهلاك يتحول ذلك الحق العيني إلى حق شخصي بضمان القيمة، كهلاك المغصوب عند الغاصب.

وإن لم يكن هناك مسؤول سقط لا إلى عوض.

أما الحق الشخصي فلا يسقط بهلاك أموال المدين به لأنه تكليف غير متعلق في الأصل بمال معين. فإذا هلك مال المكلف فإن مالاً آخر مما يقتنيه يصلح للوفاء[٢].

---

(١) **العقد المستمر**: هو الذي يستغرق تنفيذه مدة من الزمن، كالإيجار والشركة. أي أن الزمن الممتد هو عنصر أساسي في تنفيذه.
ويقابله **العقد الفوري** وهو الذي يكون تنفيذه دفعة واحدة في الوقت المحدد له، كالبيع ولو كان الثمن فيه مؤجلاً.
هذا تعريف علماء القانون وهو ملائم للنظر الفقهي.

(٢) يلاحظ هنا أن حق التعلي لا يسقط بهلاك السفل، بل للمرتفق صاحب العلو أن يعيد بناء السفل ويتعلى عليه ويستغله حتى يدفع له صاحب السفل ما أنفق وذلك لأن محل حق التعلي العيني لم يهلك هلاكاً نهائياً، بل هو قابل للإعادة على وجه يمكن معه التعلي، لأن حق المرتفق إنما هو في التعلي على السفل لا في السفل ذاته. فإن لم يعد صاحبه بناءه فللمرتفق أن يعيده بأمر القاضي ويحبسه عنه حتى يدفع له ما انفق، فيصان حقه دون أن يجبر صاحب السفل على البناء (ر: المجلة م/ ١٣١٥).

٢/ ١١ ـ انقلاب الحق العيني إلى شخصي، وبالعكس:

أ ـ كثيراً ما ينقلب الحق العيني إلى شخصي؛ فينقلب معه حكمه الذي كان ناشئاً عن عينيته.

وذلك كما في المغصوب. فإنه، ما دام باقية عينه على حالها في يد الغاصب، فللمالك حق عيني فيه يسوغ طلب استرداده.

لكن إذا حوله الغاصب إلى صفة أخرى يحدث له بها اسم جديد كما لو كان المغصوب حنطة فطحنها الغاصب حتى صار اسمها دقيقاً، أو كان المغصوب حديدة فصنعها سكيناً ـ يعتبر هذا كالاستهلاك، ويتحول حقه عن استرداد عين المغصوب إلى تضمين قيمته (المجلة/ ٨٩٩) فيصبح حقه شخصياً بعد أن كان عينياً.

ومن هذا القبيل جميع صور ضمان الأعيان والمتلفات، والصلح عن عين بمبلغ يلتزم في الذمة.

ب ـ وأما العكس، وهو انقلاب الحق الشخصي إلى عيني، فلم أجد من تعرض لذكره وهو نادر.

ويمكن تصويره بما إذا باع المدين لدائنه شيئاً بدينه، أي بأن جعل الدين نفسه هو الثمن، (وهي حالة **«الوفاء بمقابل»** في اصطلاح القانون). فهنا يسقط الدين وينقلب حق الدائن إلى ملكية العين.

أما لو لم يجعل الدين نفسه هو الثمن فإن كلا منهما يصبح دائناً ومديناً، فيتقاصان ولا يكون انقلاب (كما سنرى في بحث نتائج التمييز بين العين والدين).

وكذا تعلق حق الدائنين بتركة المدين المستغرقة بالدين إذا توفي، كما سيأتي (ف٣/ ٧) فإن حقهم يكتسب صفة شبه عينية بعد أن كان شخصياً محضاً متعلقاً بالذمة.

٢/ ١٢ ـ هذا، وقد يختلف الاجتهاد والنظر في اعتبار عينية الحق

وشخصيته، فينشأ منه اختلاف الفقهاء في الأحكام، استناداً إلى اختلاف وجهة نظرهم في صفة الحق.

مثال ذلك أن المبيع يعتبر لبائعه حق عيني فيه يسوغه حبسه لديه حتى استيفاء ثمنه المعجل الذي هو حقه الشخصي في ذمة المشتري، فإذا سلمه البائع إلى المشتري دون أن يقبض الثمن، فمات المشتري مفلساً والمبيع قائم بعينه في تركته، فهل يكون للبائع أولوية بأخذه من التركة مرجحاً فيه على سائر الغرماء؟ أو يكون أسوة الغرماء فيما يصيب ثمنه من التركة؟

ذهب الاجتهاد الشافعي إلى اعتبار حق الأولوية للبائع. وفي هذا اعتبار بقاء عينية حقه في المبيع قبل قبض الثمن مادام قائماً في التركة المستغرقة. وهذا في الحقيقة مبني على أن للبائع حينئذ في الاجتهاد الشافعي حق فسخ البيع.

وذهب الاجتهاد الحنفي إلى أن للبائع أسوة بالغرماء بلا أولوية (المجلة/ ٢٨١ و٢٩٥) معتبراً أن حق البائع انقطع من عين المبيع بعد تسليمه، فأصبح شخصياً محضاً يتعلق بالثمن في الذمة، والمبيع أصبح تركة محضة للمشتري كبقية أمواله.

ملحق بالفصل الثاني

رأي الأستاذ السنهوري هنا، وانتقادنا عليه

٢/١٣ ـ جاء في نظرية العقد للأستاذ العلامة عبد الرزاق أحمد السنهوري (ص/٦ حاشية ٢):

«إن الشريعة الإسلامية لا يستشعر فيها بهذا التمييز بين الحق العيني والشخصي، إلا في بعض عبارات تأتي عرضاً في موضوعات مختلفة ميز فيها فقهاء المسلمين بين حق يتعلق بالعين وحق لا يتعلق بها، ولكنه تمييز غير واضح، ولم تعقب عليه الفقهاء تعقيباً يتفق مع أهميته، ولم تصغ منه نظرية ممهدة كما فعلت في النظريات الأخرى للفقه الإسلامي، وإن كان الفقهاء قد رتبوا لحق الرهن مثلاً حق التقدم ونوعاً من حق التتبع» اهـ.

أقول:

أ ـ أما أن فقهاء المسلمين لم يصوغوا نظرية ممهدة مستقلة للتمييز بين الحق الشخصي والحق العيني فنعم. وهذا راجع إلى اختلاف مبنى الترتيب والصياغة بين الفقه الإسلامي والفقه الأجنبي.

فالفقه الأجنبي يقوم ترتيبه على أساس تقسيم أحكامه إلى زمرتين منفصلتين:

١ ـ **زمرة أحكام الحقوق الشخصية**، وتشتمل على النظرية العامة للالتزامات، ثم أحكام العقود المسماة.

٢ ـ **وزمرة أحكام الحقوق العينية،** وتسمى: «نظرية الأموال».

ومن ثم برز للنظر هذا التمييز بين الحقين العيني والشخصي في الفقه الأجنبي والقوانين المصوغة منه، لأن هذا التمييز هو أساس ترتيب الفقه الأجنبي كله.

أما الفقه الإسلامي فإن ترتيبه وصياغته يقومان على أساس سرد مصادر الحقوق والالتزامات، وبيان أحكامها ونتائجها في كل مصدر بحسب أحواله. فلم يبق مجال لأن يظهر تمييز فقهاء الفقه الإسلامي بين الحقين العيني والشخصي إلا في فروع الأحكام المتفرقة لمن يتتبعها.

وإذا كان فقهاؤنا لم يتخذوا هذا التمييز بين نوعي الحق أساساً لترتيب فقههم كما فعل علماء القانون الأجنبي فليس في ذلك أبداً دلالة على عدم تمييز فقهائنا بين نوعي الحق وطبيعتيهما تمييزاً ذاتياً!! إذ العبرة في هذا التمييز لفروع الأحكام لا للترتيب.

وهذا مما دعانا إلى صياغة فقهنا على غرار نظرية الالتزامات القانونية.

ب ـ والواقع أن فقهاءنا قد ميزوا بين الحقين في جميع المسائل التي يقتضي هذا التمييز فيها اختلاف الأحكام ولهم في ذلك أنظار دقيقة جداً.

ـ فمن ذلك الأمثلة التي تقدمت في ثمرات التفرقة بين الحقين. فكلها أمثلة فقهية عزوناها إلى مصادرها، وهي تناظر تماماً ما يذكره علماء القانون في هذا الصدد.

ـ ومن ذلك أيضاً تصريح فقهائنا بأن المبيع المعين إذا إستُحق[1] من يد المشتري ينتقض عقد البيع السابق، فلا يكلف البائع إعطاء المشتري مثل المبيع الذي استحق من يده، بل يسترد المشتري ما دفع من الثمن لأن حق المشتري عيني متعلق بعين المبيع، فباستحقاق المبيع استحال تنفيذ البيع فيبطل.

أما إذا استحق الثمن من يد البائع فلا ينتقض البيع ولا يسترد البائع

---

(١) الاستحقاق هو أن يدعي أحد ملكية شيء موجود في يد غيره ويثبتها بالبينة ويقضي له بها، (ر: ج ١ ف ٣/٣٧ الحاشية).

المبيع وإن كان قائماً، وإنما يرجع على المشتري بمثل الثمن المستحق، لأن أصل الثمن حق شخصي للبائع في ذمة المشتري، فإذا وفاه إياه بمبلغ معين فاستحق هذا المبلغ من يد البائع تبين عدم صحة وفاء الثمن، فيوفيه المشتري مجدداً بمبلغ آخر.

- ومن ذلك أيضاً ما صرحوا به في بحث الحقوق التي تتعلق بالتركة، وترتيب استيفائها، فقد قالوا: إن الحقوق منها ما يتعلق بعين التركة، كالدين المتعلق بالمرهون والمأجور[١] وأرش جناية العبد الجاني في حياة مولاه[٢]، والمبيع المحبوس بالثمن، والعبد المأذون بالتجارة إذا لحقته ديون ثم مات المولى ولا مال له سوى هذا العبد إلخ.. ومنها ما يتعلق بمالية التركة كالديون العادية التي على الميت.

- فالنوع الأول يقدم استيفاؤه على نفقات التكفين إلا إذا كان الحق قد تعلق بالعين بعد صيرورتها تركة، كالعين الموصى بها فإن تنفيذ الوصية بها عندئذ يؤخر عن التكفين.

- وأما النوع الثاني فإن التكفين يقدم عليه مطلقاً (شرح السراجية للسيد الجرجاني وحاشيته للعلامة محمد شاه الفناري).

والعلة هي أن هذا النوع الثاني حقوق شخصية على الميت لا تتعلق بعين معينة من التركة ليكون لاستيفائها امتياز ورجحان.

- ومن ذلك أيضاً الفرع الآتي (آخر بحث نتائج التمييز بين العين والدين (ف١٧/ ١٣) في الفرق بين إقرار المدين بوكالة الوكيل بقبض الدين وإقرار الوديع بوكالة الوكيل بقبض الوديعة فلينظر.

---

(١) لفهم كيفية تعلق الدين بعين المأجور انظر ما سيأتي (ف/ ٣/ ٣).

(٢) العبد إذا جنى جناية تعلق حق المجني عليه بشخص العبد الجاني باعتبار أنه هو نفسه مال. فإن لم يدفع مولاه أرش جنايته فداء له يباع العبد ويستوفى أرش جنايته من قيمته، كما يباع المرهون لوفاء الدين. وقبل ذلك إذا مات المولى يكون هذا العبد الجاني من تركة الميت مثقلاً بحق المجنى عليه كالمرهون.

وأمثال هذه الأمثلة في الفقه كثير.

فمجموعة هذه النصوص تدل على فكرة مبدأ عام لدى فقهائنا في هذا التمييز، أفرغوها عملياً في فروع الأحكام، وإن لم يصوغوها نظرياً بانسجام وإحكام، شأنهم في صياغة الفقه عموماً بالأسلوب الفروعي لا الموضوعي، كما أوضحناه في مقدمة الجزء الأول. ولكن تتجلى للباحث خلف تلك الفروع، المبادئ العامة والنظريات الفقهية التي كانت تسود في فكر المجتهدين والمخرجين عند الاستنباط والتفريع.

الفصل الثالث

أنواع الحقوق العينية والحقوق شبه العينية

٣/١ ـ أنواع الحق العيني في الفقه الإسلامي:

بعد أن وضح ـ بما سلف بيانه ـ التمييز الفقهي بين الحق العيني والحق الشخصي وثمرات هذا التمييز، نورد فيما يلي أنواع الحقوق العينية في الفقه الإسلامي. ويمكن إجمالها في الأنواع التالية:

١ ـ حق الملكية.

٢ ـ حق الانتفاع.

٣ ـ حقوق الارتفاق.

٤ ـ حق الارتهان.

٥ ـ حق الاحتباس.

٦ ـ حق الوقفية.

٧ ـ حقوق القرار على الأوقاف[١].

---

(١) أن المادة/ ١٠/ من قانون الملكية العقارية السابق لدينا ذي الرقم/ ٣٣٣٩/ وبعده المادة/ ٨٥/ من القانون المدني السوري قد عددتا الحقوق العينية العقارية فبلغت اثني عشر حقاً معظمها داخل فيما بيناه وهي: حق الملكية ـ والتصرف ـ والسطحية ـ والانتفاع ـ والأفضلية في الأراضي الخالية المباحة ـ والارتفاق ـ والرهون ـ والامتيازات والتأمينات ـ والوقوف ـ والإجارتين ـ والإجارة الطويلة ـ والخيار الناشئ عن وعد ببيع العقار.
والرأي الراجح أن الحقوق العينية غير مذكورة في القانون على سبيل الحصر.

٣/ ٢ ـ حق الملكية[1]:

وهو في نظر الفقهاء حق يعطي صاحبه سلطة على الشيء تجعل له فيه ولاية ومكنة مطلقة، ويخوله فيه جميع وجوه الاستعمال والانتفاع والاستهلاك ما لم يلزم من ذلك ضرر بالغير فتتقيد حرية المالك بما تقتضيه صيانة حق الغير. وذلك كما في تصرف الشريك بالمال المشترك إذ يمنع عن كل تصرف مضر، فلا يحق له تجاوز المعتاد في استعمال الدابة أو الثوب المشتركين مثلاً، ولا يحق له استهلاكه، فإن استهلكه عد معتدياً وضمن نصيب شريكه.

وكذلك تقيد حريته في التصرف بالعقار، ولو غير مشترك، بما لا يضر بجيرانه. (ر: المجلة/ ١١٩٢ ـ ١٢١٢).

٣/ ٣ ـ حق الانتفاع[2]:

الانتفاع هو من ثمرات الملكية، وهذه الثمرات هي كالملكية حقوق عينية. وتتلخص في أمرين: حق الاستعمال وحق الاستغلال ويشملهما حق الانتفاع لأن كلا منهما منفعة تعود على المالك.

وحق الاستعمال قد ينفصل عن حق الاستغلال، كما في الموقوف للسكنى، والعقار الموصى بسكناه لشخص أو أشخاص، فإن للموقوف عليه والموصى له أن يسكنا دون أن يستغلا بالإيجار.

---

(١) المِلْك هو: «اختصاص حاجز شرعاً يسوّغ التصرف إلا لمانع» والمانع يشمل نقص الأهلية كما في الصغير إذ يتصرف عنه وليه، ويشمل حق الغير كما في المال المشترك والمال المرهون إذ تتقيد فيهما تصرفات الشركاء والراهن، فوجوده لا ينفي الملك لأنه عارض. وهذا التعريف يتناول ملكية الأعيان والمنافع والحقوق.

(٢) المراد ملك المنفعة. وفقهاء الشريعة الإسلامية يفرقون بين حق الانتفاع وملك المنفعة. من حيث العموم والخصوص في المنشأ، ومن حيث القوة والضعف في الحق: فملك المنفعة فقهاً إنما ينشأ عن عقد مملك كالوقف والإجارة والإعارة والوصية بالمنافع. أما حق الانتفاع فهو أعم، إذ يشمل هذا ويشمل أيضاً مجرد الانتفاع الناشئ عن إذن وإباحة فقط من المالك. أما في اصطلاح علماء القانون فهما شيء واحد.

والأصل أن من ملك المنفعة يحق له تمليكها، بخلاف من أبيحت له إباحة (ر: المدخل الفقهي ج١ ف٢٦/ ٢، وكتاب «الحق والذمة» للأستاذ الشيخ علي الخفيف ص/ ٧٥).

وقد يجتمع الاستعمال والاستغلال كما في العقار الموقوف للسكنى والإيجار، أو الموصى به كذلك، وكما في الشيء المأجور أو المعار، ففي الاجتهاد الحنفي، للمستأجر أن يؤجر ما لا يختلف باختلاف المستعملين كالعقار، وللمستعير أن يعير سواه في العارية المطلقة (المجلة/ ٤٢٨ و٨١٩) وذلك بناء على الأصل النظري: (أن من ملك الشيء حق له تمليكه)، والمستأجر والمستعير مالكان للمنفعة فلهما تمليكها. ولكن ليس للمستعير أن يؤجر لأن الإجارة أقوى من الإعارة، ولا يستطيع الشخص تمليك أكثر مما يملك هو. فالإجارة عقد لازم، والإعارة عقد غير لازم، فلو ساغ للمستعير أن يؤجر العارية لامتنع حق المعير في الرجوع عن الإعارة واسترداد العارية.

غير أن قوانين الإيجارات لدينا اليوم تمنع المستأجر أيضاً من أن يؤجر العقار المأجور إلا بإذن من المؤجر، وفي هذا المنع حكمة ومصلحة كما سنراه في موضعه.

فيظهر مما تقدم أن حق الانتفاع قد ينشأ عن عقد بين الأحياء كالإجارة والإعارة، أو عن وصية أو وقف.

وللمستأجر، كما للمالك، حق تتبع العين المأجورة بإقامة الدعوى على من غصبها منه.

هذا، وإن حق المستأجر على العين المأجورة يمنع التنفيذ الفوري لتصرف المالك فيها ببيع أو إجارة من شخص آخر. وكذا العين التي عليها حق الانتفاع لشخص بالوصية إذا تصرف بها الوارث.

فلو باع المؤجر المال المأجور لم يجب تسليمه إلى المشتري إلا بعد انقضاء مدة الإجارة حفظاً لحق المستأجر في الانتفاع. وإن للمشتري الخيار في الفسخ أو الانتظار إن لم يكن عالماً بالإجارة عندما اشترى.

وللمستأجر، إذا كان قد أسلف الأجرة ثم مات المؤجر، أن يحتج بحقه على العين المأجورة تجاه بقية الدائنين فيكون مقدماً عليهم في استيفاء الأجرة من العين.

على أن هذا مبني على انفساخ الإجارة بموت أحد العاقدين في الاجتهاد الحنفي، لكن الأحكام القانونية لدينا اليوم قد منعت هذا الانفساخ، فيتابع المستأجر استيفاء المنفعة بقية المدة بعد وفاة المؤجر[١].

٣/ ٤ ـ الارتفاق:

الارتفاق منفعة مقررة لعقار على عقار آخر مملوك لغير الأول كالشرب والمسيل للأراضي، وكالمرور والتعلي.

---

(١) إن علماء القانون يفرقون بين حق الانتفاع الناشئ عن وقف أو وصية مثلاً، والناشئ عن إجارة الأشياء، فيعتبرون الأول حقاً عينياً والثاني شخصياً. ويعللون ذلك بأن حق من وقفت عليه المنفعة وحق الموصى له بالمنفعة سلطة على العين تنصب عليها مباشرة دون حاجة إلى توسط شخص آخر، ولا تقوم بجانبه رابطة التزامية بين صاحب الحق ومن أعطاه إياه، فكان محله العين التي هي مال.
ويؤيد ذلك أن هذا الحق في حالة الوصية لا يوجد إلا بعد وفاة الموصي وهو الملتزم، وأنه في الوقف لا يتوقف وجوده على وجود الواقف ولا ينتهي بموته، بل يوجد مع وجوده ويبقى بعد موته. فلو كان قيامه بقيام الرابطة كما في الحق الشخصي لانتهى بموت معطيه.
أما حق المستأجر فهو حق يقوم بقيام الرابطة بين المؤجر والمستأجر، فإذا ما انتهت انتهى هو أيضاً، وهو لا ينصب مباشرة على العين المستأجرة، بل يتجه إلى إلزام المؤجر بأن يستمر تركه للعين في يد المستأجر المدة المتفق عليها حتى يتمكن المستأجر من الانتفاع بها. ذلك هو تعليلهم.
لكنهم أغفلوا وجه الشبه بين صور هذا الحق في الحالين: فهما متشابهان من حيث إن المنتفع في الحالين مالك للمنفعة، وإن هذه الملكية موقتة فيهما، وإن المنفعة فيهما واحدة لا تتغير، وإن كلتا الحالين لا تعرى عن وجود التزام فيها: فإذا كان في إحداهما التزام المؤجر ففي الأخرى التزام الورثة أو ناظر الوقف بترك العين في يد المنتفع حتى ينتهي انتفاعه.
فطبيعة الملك في الحالين ـ حال الإجارة وحال الوصية ـ واحدة، وذلك يستلزم الحكم عليهما بحكم واحد لا أن يعتبر ملك المنفعة في إحداهما حقاً عينياً وفي الأخرى حقاً شخصياً (كتاب الحق والذمة للأستاذ الشيخ علي الخفيف ص/ ٥٥ ـ ٥٦ باختصار).
هذا، وإن القانون المدني الجديد، وقبله قانون الملكية العقارية السابق لدينا (المادة/ ٣٢ منه) ينصان على أن: «حق الانتفاع بالمعنى العقاري هو حق عيني يتعلق باستعمال شيء يخص الغير والتمتع به، ويسقط هذا الحق حتماً بموت المنتفع، ولا يجوز إنشاؤه لمصلحة أشخاص معنوية» فهو حق موقت.

وحق الارتفاق في نظر الفقهاء من قبيل ملك المنفعة. وهي منفعة بين عقارين تابعة لهما على الدوام مهما انتقلت ملكيتها، وإن مالك هذه المنفعة هو مالك العقار المنتفع. ومن هنا تتجلى عينية هذا الحق (ر: المجلة/ ١٢٣٢).

وحق الارتفاق هذا هو في الحقيقة منفعة منتقصة من ملكية العقار المرتفق به (الخادم) لمصلحة العقار المرتفق (المخدوم).

وبسبب هذه التبعية العقارية فيها لم تكن مؤقتة بوقت محدود كغيرها من المنافع، بل تبقى ما بقي العقار إلى أن يتنازل عنها المالك بطريق مشروع.

والارتفاق يورث باتفاق المذاهب[١].

٣/ ٥ ـ حق الارتهان[٢]:

هو حق للدائن في احتباس مال معين للمدين ينشأ عن عقد خاص بينهما يسمى **الرهن**.

---

(١) مما ينبغي التنبيه إليه أن حقوق الارتفاق محصورة عند كثير من العلماء ـ ومنهم الحنفية ـ في حقوق ستة: الشرب، والطريق، والمجرى، والمسيل، والتعلي، والجوار.
ولا يجوز لمالك عقار أن ينشئ على عقاره حقوق ارتفاق أخرى، لأن في إنشائها تقييداً للملكية التامة، والأصل فيها أن لا تقبل تقييداً، وما قيدت بتلك الحقوق إلا استثناء، ولا يتوسع في الاستثناء.
ويرى آخرون ـ ومنهم المالكية ـ أنها غير محصورة فيما ذكر، فيجوز إنشاء حقوق ارتفاق أخرى بالإرادة والالتزام كأن يقرر شخص على أرض يملكها ألا يقيم على ناحية منها ملاصقة لأرض أخرى بناء، وأن لا يرتفع ببنائه إلا إلى ارتفاع معين، مما هو معروف الآن في القوانين. (ر: كتاب الحق والذمة للأستاذ الشيخ علي الخفيف، ص/ ٦٤).
هذا وينبغي أن يلحظ بالنسبة إلى الواقع في بلادنا السورية أن قانون الملكية العقارية السابق ذا الرقم/ ٣٣٣٩/ لدينا قد اطلق حقوق الارتفاق عن الحصر، فسوغت المادة/ ٨٤/ منه لمالكي العقارات إنشاء ما يشاؤون من حقوق الارتفاق لها أو عليها، بشرط أن تكون للعقار أو عليه لا للشخص أو عليه، وأن لا تكون مخالفة للنظام العام، كما أنه قسم حقوق الارتفاق إلى ثلاثة أقسام: **طبيعية، وقانونية، ومنشأة من قبل الإنسان**. وهذه الأخيرة هي المقصودة ببحثنا هذا.
ثم جاء القانون المدني السوري فأقر هذا التفصيل في المواد/ ٩٦٠ ـ ٩٨٧/ منه.

(٢) آثرنا التعبير بلفظ **«الارتهان»** دون **«الرهن»**، لأن هذا الحق في الرهن إنما هو للدائن المسمى بالمرتهن وهو اسم فاعل من «الارتهان»، ولأن لفظ «الرهن» قد يطلق على العين المرهونة.

فالرهن أيضاً ينشئ حقاً عينياً للمرتهن متعلقاً بمالية العين المرهونة لا بذاتها، كما تقدم في مناسباته (ر: ف٢/ ٥)، لأنه يرتكز مباشرة على الاستيثاق بهذه المالية لأجل وفاء الدين.

وهو أَيضاً يمنع التنفيذ الفوري لتصرف المالك أو الراهن، فلو باع الراهن المرهون أو آجره ليس للمشتري أو المستأجر أن يتسلم؛ بل ينتظر فكاك الرهن أو يفسخ الشراء (م/ ٧٤٧).

وإذا أجاز الدائن المرتهن بيع المالك أصبح الثمن هو المرهون، وإذا أجاز إيجاره سقط حق الارتهان[1]:

وللمرتهن كما تقدم امتياز في استيفاء دينه من المرهون (م/ ٧٢٩).

٣/ ٦ ـ حق الاحتباس[2]:

الفرق بين حق الاحتباس وحق الارتهان هو أن الارتهان يكون بعقد خاص يرد عليه مباشرة وقصداً. أما حق الاحتباس فهو أعم لأنه يكون في حالات عديدة يقر بها الشرع احتباس المال لاستيفاء حق مالي منه.

وهذا الاحتباس حق عيني يستطيع صاحبه أن يحتج به تجاه الدائنين كافة، ويمتاز عنهم في استيفاء حقه من ثمن المال المحتبس مقدماً عليهم.

فمن ذلك حق الملتقط في احتباس اللقطة عن مالكها، إذا ظهر، حتى يستوفي الملتقط ما أذنه القاضي أن ينفقه عليها ليرجع به.

وكذا حق الوكيل بالشراء أن يحتبس المال المشترى عن الموكل حتى

---

(١) علة هذا الفرق بين حكم إجازة البيع وإجازة الإيجار فيما يظهر هي أن الثمن يخلف المبيع في توثيق حق المرتهن. فإجازته لبيع المرهون لا دلالة فيها على أنه قد تخلى عن الرهن، بل على أنه قد رضي بتحويل الرهن إلى الثمن.
بخلاف الإيجار فإن الأجرة فيه قد لا تخلف المأجور في المالية، فإجازته لإيجار المرهون هي رضى بخروجه من يده لا إلى خلف، أي بسقوط الرهنية.

(٢) آثرنا استعمال لفظ «**الاحتباس**» دون لفظ «**الحبس**» المألوف لأن الحبس يكثر استعماله في حبس الأشخاص، فاصطلحنا على تخصيص «**الاحتباس**» بالأموال، بعداً عن الاشتراك.

يدفع إليه الثمن، ولو لم يكن الوكيل قد دفعه من ماله إلى البائع لأنه عرضة لأن يطالبه به البائع (المجلة/ ١٩٤١).

وكذا للبائع احتباس المبيع عن المشتري إلى أن يؤدي إليه الثمن إذا لم يكن مؤجلاً، وإن كان المبيع قد انتقلت ملكيته إلى المشتري بمجرد العقد.

وكذا للأجير المشترك الذي لعمله أثر في العين كالصباغ والخياط، أن يحتبس العين عن المستأجر المالك حتى يؤدي إليه الأجرة، إلى غير ذلك من الفصول الكثيرة[١].

ففي جميع هذه المسائل وأمثالها قد أقر الفقهاء حق الاحتباس، واعتبروه متعلقاً بمالية العين، وجعلوا لصاحبه امتيازاً على سواه كما في الرهن.

٣/ ٧ ـ الحقوق شبه العينية:

ويصادفنا في الفقه الإسلامي نوع آخر من الحقوق فيه شيء من العينية وإن لم يكن فيه معناها كاملاً، وقد سماها الدكتور شفيق شحاتة في رسالته باسم «**الحق شبه العيني**». وهو كما يعبر الفقهاء: حق الشخص في «**أن يتملك**»[٢] كحق الشفعة، وحق المجاهدين في الغنيمة بعد إحرازها، وحق المجني عليه في العبد الجاني.

ففي هذه الأحوال أقر الفقهاء لصاحب الحق أن يطالب بالشي عيناً ولو لم يعتبر ملكاً له بعد، وله أيضاً أن يتتبعه في الأيدي التي ينتقل إليها.

والأظهر أن يعتبر أيضاً حق الدائنين في تركة المتوفى المستغرقة بالدين

---

(١) كحق المستأجر في احتباس المأجور إذا انفسخت الإجارة حتى يسترد ما أسلفه من الأجرة (ر: ف ٣/ ٣)، وحق الوديع في احتباس الوديعة عن المودع حتى يستوفي ما أنفقه عليها بإذن القاضي، وحق الغاصب في احتباس المغصوب الذي زاد فيه زيادة متصلة من ماله كالصبغ مثلاً، إلى أن يدفع له المالك قيمة الزيادة إذا اختار المالك استرداد المغصوب مع زيادته المحدثة.

(٢) جاء في الدرر أوائل كتاب البيوع (٢/ ١٤٤) ما نصه: «**الحق غير منحصر في الملك، بل حق التملك أيضاً حق**».

حقاً شبه عيني يسوغهم حق تتبع مال المدين المتوفى واستخلاصه قضاء من الأيدي التي هو فيها. وليس حقهم هذا عينياً محضاً، لأنه في الأصل حق شخصي متعلق بذمة المدين أثناء حياته، ثم انتقل منذ مرض الموت إلى التعلق بمالية تركته لا بعينها، فللدائنين أن يتملكوا التركة عند عدم إيفاء الدين.

والذي يرجح اعتباره شبه عيني لا عينياً هو أن للورثة أن يفتدوا التركة من الغرماء بدفع جميع الدين، فلا يكون عندئذ للغرماء أن يمتنعوا عن الأخذ ويحتفظوا بالتركة، لأن أصل حقهم إنما هو في ماليتها لا في عينها كما أشرنا إليه.

(ر: الدر المختار ورد المحتار في كتاب القضاء ٤/ ٣٤٠).

الفصل الرابع

حقوق الوقفية

٤/١ ـ الوقف هو حبس عين المال عن التملك لتصرف منافعه إلى جهة بِرّ.

فعقد الوقف كما ترى ينشئ في المال الموقوف حقاً عينياً في احتباسه لمصلحة الجهة الموقوف عليها.

وقد عدته المادة/ ١٠/ من قانون الملكية العقارية السابق لدينا من جملة الحقوق العينية التي عددتها، كما نصت المادة/ ١٧٦/ منه على أنه لا تعتبر وقفية العقار إلا من تاريخ تسجيل الوقف في السجل العقاري كسائر الحقوق العينية العقارية. ثم جاء القانون المدني فأقر ذلك أيضاً في المادتين/ ٨٥ و١٠٠٠/ منه.

ويثبت فيه حق التتبع يمارسه متولي الوقف باسم الجهة الموقوف عليها. فللمتولي حق الدعوى شرعاً لاسترداد المال الموقوف من كل يد غاصبة تستولي عليه بلا حق؛ حتى أنه ليستحق العزل بحكم الخيانة إذا قصر في ملاحقة غاصبه أو شاغله بلا حق أمام القضاء.

على أن العقار الموقوف يمكن بيعه استبدالاً بإذن القاضي الشرعي إذا قلت فائدته، وعندئذ تزول وقفية العقار المستبدل به ويحل محله العقار المستبدل.

حقوق القرار على الأوقاف:

يشمل هذا النوع طائفة من الحقوق تعورف انشاؤها على عقارات الأوقات

بطرق معينة في حالات مخصوصة: تارة لحاجة الوقف إليها وتارة لدفع الضرر عن بعض مستأجري عقارات الوقف لو لم يمنحوا حق القرار فيها. وقد تكلم متأخرو الفقهاء في كتبهم وفتاويهم عنها ويدخل في هذا النوع الحقوق التالية:

٤/ ٢ ـ حق الحُكْر (ويسمىٰ أيضاً: المُقاطَعَة):

وهو حق قرار مرتب على الأرض الموقوفة بإجارة مديدة تعقد بإذن القاضي يدفع فيها المستحكر لجانب الوقف مبلغاً معجلاً يقارب قيمة الأرض ويرتب مبلغ آخر ضئيل يستوفى سنوياً لجهة الوقف من المستحكر أو ممن ينتقل إليه هذا الحق، على أن يكون للمستحكر حق الغرس والبناء وسائر وجوه الانتفاع.

وحقه هذا قابل للبيع والشراء وينتقل إلى ورثته بالموت إلخ...

والغرض من هذا العقد أن يستفاد من الأرض الموقوفة المعطلة عندما لا يكون الوقف متمكناً من استثمارها.

ولعل الحُكرَ أقدم ما نعرف من الحقوق العينية المنشأة على الأوقاف. فقد حدثت طريقته في عهد متقدمي الفقهاء وأقروها[١]. وقد سمي بعد في القوانيين العثمانية باسم «المقاطعة» وكذا في قانون الملكية العقارية السابقة لدينا ذي الرقم/ ٣٣٣٩/. وقد حدد في المادة/ ١٩٥/ منه مبلغ الأجرة السنوية بمقدار نسبي ثابت قدره اثنان ونصف في الألف من قيمة الأرض المقدرة رسمياً لجباية الضرائب العقارية. ثم جاء القانون المدني السوري فأقر هذه النسبة في المادة/ ١٠١٩/ منه.

---

(١) نقل في البحر وفي رد المحتار عن الإمام الخصاف جواز وقف البناء وحده إذا كان قائماً على أرض محتكرة. ونقل في رد المحتار مثل ذلك عن فتاوى قارئ الهداية، كما نقل أيضاً تعريف عقد الاستحكار عن فتاوى العلامة خير الدين الرملي بأنه: «**عقد إجارة لاستبقاء الأرض مقررة للبناء والغرس**»؛ (ر: رد المحتار ٣/ ٣٩٠ ـ ٣٩١).
وهذا يدل على أن الحكر كان معروفاً ومستمراً منذ عصر الخصاف. والخصاف من عظماء الطبقة الثالثة المجتهدة في المذهب الحنفي وهو أحمد بن عمر المتوفىٰ سنة ٢٦١هـ. وقارئ الهداية هو سراج الدين عمر بن إسحاق الغزنوي المتوفى سنة ٧٧٣هـ والخير الرملي متوفىٰ سنة ١٠٨١هـ (ر: كشف الظنون، والفوائد البهية).

٤/٣ ـ حق الإجارتين:

وهو ينشأ بطريقة أحدثتها القوانين العثمانية بعد سنة ١٠٢٠هـ على أثر الحرائق التي شملت أكثر عقارات الأوقاف في القسطنطينية، فعجزت غلاتها عن تجديدها، وتشوه منظر البلدة، فابتكروا طريقة الإجارتين تشجيعاً على استئجار هذه العقارات لتعميرها اقتباساً من طريقة التحكير في الأراضي.

وهي عقد إجارة مديدة بإذن القاضي الشرعي على عقار الوقف المتوهن الذي يعجز الوقف عن إعادته إلى حالته من العمران السابق، بأجرة معجلة تقارب قيمته تؤخذ لتعميره، وأجرة مؤجلة ضئيلة سنوية يتجدد العقد عليها ودفعها كل سنة. وذلك كمخرج من عدم جواز بيع الوقف ولا إجارته مدة طويلة. ومن هنا سميت بالإجارتين.

والفرق بينها وبين الحكر أن البناء والشجر في الحكر ملك للمستحكر لأنهما أنشئا بماله الخاص بعد أن دفع إلى جانب الوقف ما يقارب قيمة الأرض المحكرة باسم أجرة معجلة.

أما في عقد الإجارتين فإن البناء والأرض ملك للوقف، لأن عقدها إنما يرد على عقار مبني متوهن يجدد تعميره بالأجرة المعجلة نفسها التي استحقها الوقف.

وقد حددت المادة/ ١٨٠/ من قانون الملكية العقارية السابق لدينا الأجرة المؤجلة في الإجارتين بمبلغ ثلاثة في الألف من قيمة العقار المقدرة رسمياً لجباية الضرائب العقارية. ثم جاء القانون المدني السوري فأقر هذه النسبة في المادة/ ١٠٠٤/ منه.

٤/٤ ـ المُرْصَد:

وهو في الأصل دين يثبت على الوقف لمستأجر عقاره مقابل ما ينفقه بإذن المتولي على تعميره عند عدم وجود غلة في الوقف، ثم يؤجر منه بأجرة مخفضة لما له من دين على الوقف.

وقد اعتبر بعد ذلك لصاحبه حق قرار في عقار الوقف يورث ويتنازل عنه بالفراغ، بأن يأخذ صاحبه دينه من آخر يحل محله في العقار بإذن المتولي.

٤/ ٥ ـ حق الكدك:

الكَدِكَ (بفتح فكسر) لفظ تركي الأصل[١] يطلق على ما هو ثابت في الحوانيت الموقوفة ومتصل بها إتصال قرار ودوام لعلاقته الثابتة بالعمل الذي يمارس في هذا العقار.

وقد جرت العادة أن ينشئ مستأجر عقار الوقف هذا الكدك فيه من ماله لنفسه على حسب حاجته بإذن متولي الوقف.

وقد يسمى الكدك: «سكنى» في الحوانيت الصناعية أو التجارية، كما يسمى: «كرداراً» في الأرض الزراعية:

وقد أقروا ملكية كل من الكدك والكردار للمستأجرين، فيوهب ويورث ويباع، ولكن لا شفعة فيه. وأقروا لهم فيه حق القرار فيحق لمالكه استبقاؤه بأجر المثل عن عقار الوقف خالياً عنه وإن أبى المتولي، إذ لا ضرر على الوقف ما دام المستأجر يدفع للوقف أجر المثل، وذلك كي لا يتضرر صاحب الكدك بقلعه (قانون العدل والإنصاف لقدري باشا، م/ ٣٤٧ و٣٤٨).

---

(١) أصل منشأ الكدك أن من يستأجر حانوت الوقف لأجل التجارة أو الصناعة قد يحتاج إلى بعض تأسيسات تتعلق بصناعته أو تجارته كالرفوف والمصاطب والمواقد، ـ وهذه تسمى كدكا ـ فلا يبنيها له متولي الواقف لأن المستأجر قد يترك العقار في آخر السنة ويأتي غيره من المستأجرين فلا توافقه. لذلك يأذن المتولي للمستأجر أن يؤسسها من ماله. فإذا انقضت مدة الإيجار. وأراد متولي الوقف إخراجه يتضرر المستأجر بما صرف عليها. وبما أن عقار الوقف معد للإيجار بصورة دائمة ـ بخلاف عقار الملك فإن مالكه قد يحتاج إلى سكناه بنفسه ـ لذلك أفتى الفقهاء بعدم جواز إخراج المستأجر صاحب الكدك ما دام يدفع للوقف أجر المثل. وفي أصل هذا التدبير نظرة انصاف واقعية.
ثم آل الأمر مع الزمن إلى أن أصبح أصحاب الكدكات كغاصبين لتلك الأوقاف كلها بسبب حق القرار المرتب لهم، فيتصرفون في العقار كمالكين، وللوقف أجر سنوي ضئيل رمزي بنسبة اثنين أو ثلاثة في الألف من القيمة لا يستطيع تحصيله!!

ويبقى هذا الحق لأصحاب الكدكات ولو خرجوا من عقار الوقف وأُجرَ لغيرهم، فتوزع الأجرة بينهم وبين الوقف بنسبة أجر المثل عن كل من الكدك وأصل العقار. ثم لما كثرت المشكلات في ذلك حددت القوانين نسبة ما يعود من الأجرة السنوية لكل من الجانبين.

٤/٦ ـ حقوق أخرى عرفت باسم «**القميص**» و «**مَشَدّ المَسَكة**»[١]، و«**القيمة**».

وقد أقروا أيضاً لأصحابها حق قرار على عقار الوقف بأجر المثل ترجيحاً على سواهم من المستأجرين.

ـ **فالقميص**: حق لمستأجر دار الرحى الموقوفة يخوله البقاء فيها لما له فيها من أدوات الطحن وآلاته ولوازمه.

ـ **ومشد المسكة**: حق لمستأجر الأرض الموقوفة في البقاء بسبب ما له فيها من حراثة وسماد، إذ يتضرر لو أخرج منها.

ـ **والقيمة**: حق مستأجر البساتين الموقوفة في البقاء فيها كذلك لما له فيها من أصول المزروعات التي تدوم كالفصفصة، أو من عمارة الجدر المحيطة التي أنشأها هو.

ومثلها ما يكون لمستأجر الحمامات الموقوفة من أدوات ولوازم ثابتة؛ وهي نظير الكدّك.

هذه هي زمرة حقوق القرار العينية المنشأة على الأوقاف[٢].

---

(١) «المَشَد» بفتحتين مع تشديد الدال. و «المَسَكَة» بفتحات، وزان «سمكة» وهو لفظ مشتق من «الشد والتمسك» ويتجلى فيه ركاكة التعبير الموروثة من العهد التركي.

(٢) إن لهذه الحقوق أحكاماً مفصلة ترى منثورة متفرقة في كتاب الوقف وأوائل البيوع من رد المحتار، وفي كتاب الوقف وباب مشد المسكة من تنقيح الفتاوى الحامدية؛ وفي كتاب «الوقف» للشيخ عبد الجليل عشوب ص/ ٢٢٩ ـ ٢٤٩/ وكتاب «الأوقاف» للأستاذ شاكر الحنبلي ص/ ١٢٠ ـ ١٣٥/، وكتاب «إتحاف الأخلاف» للعلامة عمر حلمي رئيس محكمة التمييز العثمانية في مقدمته والباب السادس منه، وقانون العدل والإنصاف لقدري باشا م/ ٣٢٥ ـ ٣٦١ و٤٦١ ـ ٤٧٣/، وفي المواد/ ١٠٠٤ ـ ١٠٢٧/ من القانون المدني السوري الجديد.

وقد كانت هذه الحقوق أغلالاً في أعناق الأوقاف سلبت معظم منافعها بأجور زهيدة، في عهود اختل فيها ميزان الحكم وسلطان القضاء.

وقد منع القانون المدني، وقبله قانون الملكية العقارية لدينا ذو الرقم / ٣٣٣٩/ ، إنشاء شيء من هذه الحقوق العينية من جديد على عقارات الأوقاف سوى المقاطعة، (وهي الحكر)، في الأراضي الموقوفة (ر: قم/١٠١٨ و١٠١٩).

وإنما سمينا جملة هذه الحقوق باسم مستقل هو: **حقوق القرار**، لما يصرح به الفقهاء في كثير منها، كالحكر والكدك ومشد المسكة، بأن لصاحبها حق قرار (ر: تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/ ١٩١، ورد المحتار ٣/ ٤٢٨)، ولأنها لا تدخل في حق الانتفاع لكون هذا الحق مؤقتاً بحياة المنتفع بنص القانون كما تقدم، ولا في حق الارتفاق لأن من شرطه أن يكون لعقار على عقار آخر كما سلف بيانه، وهنا في هذه الحقوق لا يوجد عقاران بصفة (خادم ومخدوم) بل عقار واحد موقوف من جانب، وحق قرار لشخص من جانب آخر.

٧/٤ ـ وفي سنة ١٩٥٢ ميلادية صدر في سورية المرسوم التشريعي ذو الرقم/ ١١٦/ فحدد الأجور السنوية المؤجلة التي يستحقها جانب الوقف عن عقاره المثقل بأحد حقوق القرار العينية هذه بما لا يختلف كثيراً عن المقادير المقررة بالقوانين السابقة التي بيناها، ولكنه جعل هذه المقادير حداً أدنى لا يجوز النزول عنه وتمكن زيادته.

هذا، وأخيراً بعد قيام الوحدة بين سورية ومصر صدر القانون ذو الرقم/ ١٦٣/ المؤرخ في ١٣ من ربيع الأول ١٣٧٨هـ ٢٧ من أيلول ١٩٥٨م والمعدل بالقانون ذي الرقم/ ١٨٩/ لسنة ١٩٦٠م فأوجب تصفية هذه الحقوق العينية جميعها نهائياً بين جانب الوقف وصاحب حق القرار ـ أو حق التصرف ـ من أي نوع كان بصورة إلزامية على أساس الاستبدال بملكية الوقف مقداراً محدداً بنسبة مئوية من قيمة كامل العقار الوقفي المثقل بأحد هذه الحقوق بما فيه من بناء أو شجر. فيأخذ الوقف هذا المقدار المحدد من قيمة العقار التي تقدر بمعرفة خبراء رسم القانون طريقة اختيارهم، ويصبح العقار ملكاً حراً لصاحب حق القرار تنقطع منه كل علاقة للوقف. فإذا لم يتقدم صاحب حق

القرار بطلب هذا الاستبدال خلال عشرة أيام من تبليغه قامت دائرة الأوقاف التابع لها العقار بإجراء معاملة الاستبدال المذكور.

وقد حدد هذا القانون لجانب الوقف في كل نوع من هذه الحقوق نسبة من قيمة العقار تختلف عنها في النوع الآخر بحسب قوة كل من حق الوقف وحق القرار.

وقد نص القانون المذكور في المادة/ ٢١/ منه على منع إنشاء أي حق عيني على عقار موقوف بعد هذا القانون وذلك تحت طائلة البطلان.

وبذلك أنهيت أعظم مشكلة كانت مستعصية بين هذه العقارات الوقفية وبين أصحاب هذه الحقوق التي ابتلعت الأوقاف وطغت عليها[١].

وفي هذا التخالص مصلحة للأوقاف وإن كانت لم تأخذ فيه إلا جزءاً ضئيلاً من أصل حقها.

---

(١) حدد القانون المذكور حق الوقف من قيمة كامل العقار بالمقادير التالية، بحسب نوع حق القرار المربوط به:

١٣,٥ في المائة من قيمة العقار المربوط بالمرصد.

١٢,٥ في المائة من قيمة العقار المربوط بالإجارتين.

١٥ في المائة من قيمة العقار المربوط بالقيمة.

٨ في المائة من قيمة العقار المربوط بالحكر أو المقاطعة.

١٢ في المائة من قيمة العقار المربوط بالكدك.

١٢,٥ في المائة من قيمة العقار المربوط بالكدك والمرصد معاً، أو بالمرصد والقميص معاً.

١٤ في المائة من قيمة العقار المربوط بالكردار.

٣٠ في المائة من قيمة العقار المربوط بمشد المسكة في الأرض السليخ.

٥٥ في المائة من قيمة العقار المربوط بمشد المسكة في الأراضي المشجرة.



البَابُ الثّانِي

الالتزام

الفصل الخامس

في قوام[1] الالتزام وحقيقته

النسبة بين الحق الشخصي والالتزام ـ عناصر الالتزام ـ سببه ـ طبيعته وحقيقته.

٥/١ ـ النسبة بين الحق الشخصي والالتزام:

فهم مما تقدم بيانه عن الحق الشخصي في بحث تقسيم الحق المالي أن الحق الشخصي لإنسان هو تكليف وعهدة على سواه.

وهذا التكليف قد اصطلح علماء الحقوق على تسميته: **التزاماً**. والحق الشخصي والالتزام في نظرهم شيء واحد لأنهما طرفا رابطة واحدة.

ـ فهو «**حق**» إذا نظر إليه من ناحية الطالب؛

ـ وهو «**التزام**» إذا نظر إليه من ناحية المكلف به[2].

وقد غلبت كلمة «**الالتزام**» على كلمة «**الحق الشخصي**» في اسم النظرية، إذ سميت «نظرية الالتزام العامة» لا «نظرية الحق الشخصي».

وسنرى في الفرع السابع الأخير من هذا الفصل تعليل هذا التغليب في التسمية.

---

(١) قوام الشيء (بفتح القاف وكسرها) عماده الذي يقوم به وينتظم (المصباح المنير).

(٢) كذا في «نظرية الالتزام في القانون المصري القديم (ف/ ١٦) والجديد (ف/ ١٧)» للأستاذ الدكتور أحمد حشمة أبي ستيت. وفي الوسيط للأستاذ عبد الرزاق السنهوري (ف/ ١).
وجاء في الفقرة الثالثة من المادة/ ٧٩/ من القانون المدني العراقي ما نصه: «**ويؤدي التعبير بلفظ «الالتزام» وبلفظ «الدين» نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ «الحق الشخصي»** اهـ.

لكن هذا النظر في ترادف الحق الشخصي والالتزام غير سديد، فالواقع أن الالتزام لا يصح أن يجعل مرادفاً للحق الشخصي، وإنما هو مقابله الذي يجمعه وإياه التناظر والتلازم.

فكما يقال: إن كل حق يقابله واجب، ولا يكون هذا التقابل والتلازم مسوغاً لأن نجعل مفهوم الحق والواجب واحداً، كذلك لا يصح أن نجعل مفهوم الحق الشخصي والالتزام واحداً، وإن كان المحل الذي ينصب عليه كلاهما متحداً. ويكفي أن تختلف جهة الاعتبار ليتحقق اختلاف المفهوم والمعنى، فإن التلازم بين الأمرين شيء، واتحاد مفهوميهما شيء آخر.

أضف إلى ذلك أن طبيعة الحق الشخصي والالتزام مختلفة في السلبية والإيجابية.

فطبيعة الحق الشخصي إيجابية تقوم على غرض الاستيفاء والاستغناء في أحد الجانبين.

وطبيعة الالتزام سلبية تقوم على فكرة الإيفاء أو الافتقار بتفريغ العهدة والذمة من الجانب الآخر.

فلك أن تقول: أن الحق الشخصي والالتزام بينهما تقابل وتلازم أبداً، كما بين العطاء والأخذ.

٢/٥ ـ عناصر الالتزام:

إن الحق الشخصي والالتزام ـ وإن كان الصحيح أنهما مفهومان مختلفان اعتباراً كما رأينا آنفاً ـ عناصرهما واحدة.

وقد رأينا في بحث الحق أن الحق الشخصي ينطوي على ثلاثة عناصر مادية هي:

ـ صاحب الحق.

ـ والشخص المكلف.

- والمحل الذي يتعلق به.

وإلى جانب ذلك يلحظ الموضوع المكلف به والذي يتميز به حق عن حق.

وعليه تكون تلك العناصر هي بذاتها عناصر الالتزام، غير أنها تحمل هنا أسماء أخرى:

- فيسمى صاحب الحق: **ملتزماً له** (بصيغة المفعول).
- ويسمى الشخص المكلف: **ملتزماً**؛ (بصيغة الفاعل).
- ويسمى الشيء الذي يتعلق به الفعل: **محل الالتزام**.
- ويسمى الفعل المكلف به: **موضوع الالتزام**.
- ويسمى التكليف نفسه، أو العهدة: **التزاماً**.

ففي الالتزام الناشئ عن القرض مثلاً يعتبر المقترض ملتزماً؛ والمقرض ملتزماً له؛ ووفاء القرض هو موضوع الالتزام؛ والعهدة التي على المقترض، أي وجوب الوفاء، هو الالتزام؛ والمال الواجب أداؤه هو محل الالتزام.

وكذلك الاعتبار في التزام نفقة الأقارب الناشئة عن الزام الشرع: فيعتبر المكلف بالنفقة ملتزماً، والمستحق لها ملتزماً له، وموضوع الالتزام هو أداء النفقة؛ والالتزام هو وجوب ذلك الأداء، ومال النفقة هو محل الالتزام.

وهكذا تفصل العناصر ويميز بعضها عن بعض في كل التزام. وهو تمييز ضروري مهم؛ فكثيرون الذين لا يجيدون التمييز بين الالتزام وموضوعه ومحله، لأنه يقوم على اعتبارات دقيقة الملحظ.

وقد يكون الالتزام مزدوجاً متبادلاً، كما في الالتزام الناشئ عن عقد معاوضة.

ففي البيع مثلاً يعتبر كل من البائع والمشتري ملتزماً وملتزماً له: ومحل الالتزام بالنسبة إلى البائع هو المبيع الذي انتقلت ملكيته، وبالنسبة إلى المشتري هو الثمن. أما الموضوع فهو التسليم في كل منهما.

هذه العناصر (الملتزم، والملتزم له، والمحل، والموضوع) في كل التزام هي قوامه، ولا يمكن تصوره وتحققه دون وجودها.

٣/٥ ـ سبب الالتزام:

غير أن هذه العناصر إنما هي عناصر مادية، ولا يكفي وجودها لوجود الالتزام الذي يربط بين الطرفين بالرابطة الالتزامية، بل لا بد لذلك من سبب يربط طرفي الالتزام (الشخصين) بموضوعه، أي ينشئ الالتزام بين الطرفين.

هذا السبب هو الحادثة المولدة للالتزام، وهي تشمل جميع التصرفات القولية والفعلية، وكل ما ينشأ عنه حق في نظر الشرع.

وعلماء القانون يسمون هذا السبب: **مصدر الالتزام**.

ـ فعقد البيع حادثة تصرف قولي ربطت الطرفين بموضوع العقد؛

ـ وإتلاف مال الغير حادثة تصرف فعلي ربطت المتلف وصاحب المال بموضوع الالتزام. وهو التعويض.

ـ وفقر القريب المَحْرَم[١] مع عجزه سبب يوجب به الشرع ارتباطاً بينه وبين قريبه الغني برابطة التزام النفقة. وهكذا...[٢].

---

(١) **المَحْرم** (بفتح الميم والراء) هو أحد القريبين اللذين إذا كان أحدهما رجلاً والآخر امرأة كان زواجهما ممنوعاً للتحريم الشرعي، والجمع: محارم.

(٢) إن علماء القانون الأجنبي في نظرية الالتزام يعتبرون السبب ركناً في **الالتزامات العقدية** خاصة، لكنهم يريدون بالسبب في اصطلاحهم معنى آخر، لا معنى المصدر المولد للالتزام.

فالسبب عندهم هو: **«المقصد المباشر لالتزام العاقد»**.

وهذا المقصد المباشر عندهم هو ما يقع جواباً لقولنا: **لماذا التزم فلان بكذا؟**

ففي العقود الملزمة لجانبين، كالبيع مثلاً، يعتبر سبب كل التزام ناشئ بالعقد هو الالتزام المقابل، لأن البائع إنما يلتزم بنقل ملكية المبيع بقصد الحصول على الثمن، كما أن المشتري إنما يلتزم بدفع الثمن بقصد امتلاك المبيع.

ويفرقون بين السبب والباعث بأن الباعث هو الغرض الشخصي الذي يجول في نفس العاقد كمن يشتري أو يستأجر الدار ليتخذها مسكناً أو مدرسة أو ملهى إلخ.. سواء=

إن هذا السبب أو المصدر المولد للالتزام يتنوع بحسب الحوادث والتصرفات. وسنرى أنه ينحصر في أنواع كلية معدودة ترجع بالإحصاء والاستقراء إلى خمسة مصادر.

٥/٤ ـ طبيعة الالتزام وحقيقته:

اتضح من معرفة عناصر الالتزام أن كل التزام لا بد فيه من طرفين تربطهما بموضوعه رابطة السبب. فهل الالتزام في الفقه الإسلامي **سلطة شخصية** لأحد الطرفين على الآخر، أو هو **علاقة مادية؟**

والفرق بين الاعتبارين أنه إذا اعتبر الالتزام سلطة شخصية يحق للطالب إجبار المكلف على تفريغ ذمته بالإكراه البدني كالحبس والتضييق، وإن اعتبر علاقة مادية بحتة لم يقتض اجباراً، بل يفتش الطالب عن مال المكلف، فإذا نالته يد القضاء أمكن منه الاستيفاء.

والواقع أن الالتزام في نظر الشريعة الإسلامية هو في ذاته علاقة مادية إما بمال المكلف كما في المدين، وإما بعمله كما في الأجير.

= أكان غرضه مشروعاً أو ممنوعاً.

فالباعث يختلف باختلاف أشخاص العاقدين وأغراضهم: فشخص يقترض مالاً ليتاجر، وآخر يقترض ليقامر مثلاً، وثالث يقترض ليفي دينا، ورابع ليشتري شيئاً إلخ... أما سبب الالتزام العقدي فثابت في كل نوع من العقود وإنما يختلف باختلاف نوع العقد. ففي كل بيع يكون المقصد المباشر للبائع هو الحصول على الثمن في مقابل نقل ملكيته مهما كان باعثه على البيع.

ونظرية السبب هذه في الفقه الأجنبي كثيرة التعقيد، وهي وهمية فاسدة المباني، هاجمها المتأخرون من علماء القانون في فرنسا مهاجمة عنيفة كالأستاذ **بلانيول** الذي نقدها ونقضها نقضاً.

ونشأت خلفاً عن تلك النظرية التقليدية القديمة، نظرية جديدة في السبب سميت **«النظرية القضائية»**، وهي تعتمد السبب بمعنى الباعث على الالتزام، فتشترط مشروعية هذا الباعث لصحة العقد.

أما في الفقه الإسلامي فليس لسبب الالتزام معنى سوى «المصدر المولد له»، كما أوضحناه هنا.

ولكن هذا الالتزام ترافقه سلطة شخصية تأييداً لتنفيذه، إذ لولاها لتعذر التنفيذ بمجرد إخفاء المكلف ماله أو امتناعه عن عمله.

ولذا شرع في الإسلام الحبس والتضييق على المدين والأجير، وكل من هو مكلف بعمل لمصلحة غيره وجوباً حتى يقوم بما عليه.

ولكن هذه السلطة الشخصية لم يمنحها الإسلام الدائن كما كان في التشريع الروماني، بل منحها الحاكم وجعلها من صلاحيته موقوفة على طلب الدائن.

وقد ورد في الحديث النبوي: «لَيُّ الواجِدِ[1] ظلمٌ يُحِلّ عِرْضَه وعقوبَتَه».

وورد أيضاً: «مطل الغني ظلم» (رواه مسلم).

ومعنى إِحلال عرضه: الطعن في أمانته وذمته.

وهذا الإجبار بالحبس والإكراه إنما يكون فيمن ظاهر حاله اليسار والقدرة على وفاء التزامه؛ فأما المعسر العاجز فلا يجوز الضغط عليه، بل يجب إِنظاره إلى قدرته، لقول القرآن العظيم: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾.

٥/ ٥ ـ اعتدال الشرع الإسلامي بين المذهبين الشخصي والمادي:

وبذلك يظهر أن الشرع الإسلامي قد لطف كثيراً من غلواء السلطة الشخصية التي كانت للدائن على المدين عند الرومانيين الذين كانوا يمنحون الدائن حق استرقاق المدين أو قتله ولو كان عاجزاً. وتلك السلطة في القانون الروماني قد انتهى تطورها إلى رد فعل معاكس في بعض المذاهب الحقوقية في أوروبا كالمذهب المادي الذي نشأ في ألمانيا، إذ يرى أصحابه أن الالتزام

---

(١) **اللَّيّ**: بتشديد الياء مصدر لوى يلوي، بمعنى ماطل. والحديث حسن رواه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه بلفظ «لي الواجد يُحِلّ عِرْضَه وعقوبته». (ر: صحيح الجامع الصغير وزيادته للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، ط٣، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م، الحديث رقم ٥٤٨٧).

والواجد: الغني، أي الذي يجد ما يفي به دينه.

علاقة مادية بحتة، وفرقوا بين عنصري **المديونية**، **والمسؤولية** في المحل:

ـ فالمديونية هي تعلق الالتزام بالذمة وهذا لا يقتضي إجباراً.

ـ وأما المسؤولية فتقتضي الاستيفاء الجبري.

وقد وزعوا هذين العنصرين على ذات المدين والملتزم، وعلى ماله، فاعتبروا شخصه مديناً ولكن المسؤول عن التزامه هو ماله لا شخصه؛ فلا حبس ولا إجبار على إيفاء الدين[١].

ولا يخفى أن هذا تفريط إلى جانب ذلك الإفراط الذي كان عند الرومانيين.

٥/٦ ـ وقد كان لقيام المذهب المادي حول طبيعة الالتزام في أوروبا نتائج حقوقية ذات بال. فمن ذلك:

١ ـ اتجاه التشريع الألماني الآخذ بالنظرية المادية إلى تسويغ الحوالة في الحق وفي الدين معاً دون توقف على إرادة صاحب العلاقة من دائن أو مدين، فتتبدل الأشخاص مع بقاء المحل على حاله، لأن الرابطة عنده مالية بحتة لا شخصية.

وقد كان الأمر بعكس ذلك في التشريع الروماني المبني على نظرية السلطة الشخصية المفرطة، فلا يجيز حوالة الحق ولا حوالة الدين أصلاً (ر: نظرية الالتزام في القانون المصري للأستاذ أحمد حشمة أبي ستيت، ف/ ٢٢).

٢ ـ استغناء أهل المذهب المادي عن اشتراط وجود الملتزم له (وهو الدائن) عند نشوء الالتزام، واكتفاؤهم في بعض الحالات بوجوده حين التنفيذ، إذ في هذا الحين فقط تظهر الحاجة إلى وجود دائن يستوفي الالتزام؛ كما في إعلان جائزة على اختراع مطلوب.

---

(١) نظرية العقد للأستاذ السنهوري، ف/ ١٥ وحاشيتها، ونظرية الالتزام في القانون المصري للأستاذ أحمد حشمة أبي ستيت، ف/ ١٧ ـ ١٨.

ولم يكن من الممكن تخريج مثل هذا الالتزام على نظرية أهل المذهب الشخصي؛ لأن الالتزام عندهم رابطة بين شخصين من كل وجه، فيجب أن يكونا موجودين معينين منذ بدء الالتزام ليمكن اعتبار ارتباطهما.

إن المذهب المادي يتقرب منه التشريع الحديث في أوروبا، ويرون فيه تفسيراً وتخريجاً لحالات حقوقية قائمة لا يمكن تفسيرها وتبريرها على ضوء المذهب الشخصي، وذلك كتحرير سند بالدين لحامله دون ذكر اسم الحامل وكالاشتراط لمصلحة الغير.

٥/٧ ـ أما موقف التشريع الإسلامي فهو اعتدال بين النظريتين كما رأيت آنفاً: فقد غلبت فيه الصبغة المادية في طبيعة الالتزام؛ ولم تهمل فيه الفكرة الشخصية، لتبقى ضماناً في وجه المبطلين المماطلين.

على أن الشرع الإسلامي قد سبق الماديين بقرون كثيرة في تقرير النتائج المعقولة لمذهبهم الحديث، وإليك البيان:

أ ـ إن الفقه الإسلامي قد أقر إمكان عدم وجود ملتزم له **معين منذ نشوء الالتزام** في بعض الحالات، وإن كان الأصل لزوم وجوده كما سنرى في بحث شرائط الالتزام (ف ١/٨).

ب ـ وكذلك أقر الفقه الإسلامي حوالة الحق بأن يحيل الدائن سواه على المدين، كما أقر حوالة الدين بأن يحيل المدين دائنه على سواه، فينتقل الالتزام إلى شخص جديد يدخل بصفة دائن أو مدين.

ولكن بالنظر إلى ما يمكن من تأثر الحقوق باختلاف الأشخاص وتفاوتهم شرط في عقد الحوالة رضى الشخص الثالث المحال عليه أيضاً، وهو المدين الجديد (المجلة/ ٦٨١)[1]، كما أبقى للدائن المحال حق الرجوع على المدين

(١) سنرى أن الاجتهاد الشافعي لا يشترط رضى المحال عليه، وإنما يشترط كونه مديناً للمحيل.

المحيل عند التوى[١]، أي عندما يتعذر التحصيل بإفلاس المحال عليه أو بجحوده للحوالة ولا بينة للإثبات عليه، وذلك لبقاء مسؤوليته عن الدين في محلها السابق، كما عليه القانون التجاري اليوم في حوالة سند الأمر التجاري (الكمبيالة)، إذ أقر رجوع الحامل الأخير على المحيل عندما لا يدفع الموقع الأول، أي المدين الأصلي.

فبذلك تتجلى في الفقه الإسلامي الخصائص المعقولة للنظريتين الشخصية والمادية معاً.

(١) «**التوى**» بالتحريك وزان «**هوى**»، ومعناه لغة هلاك المال أو الحق. وهو مصدر، وفعله «توي يتوى» وزان «عَمِي يعمَى» ويريد به الفقهاء أن يفلس المحال عليه أو أن يجحد الحوالة وليس للمحال بينة للإثبات عليه، فيتعذر تحصيل الدين منه قضاء. ويقول الفقهاء: «**لا يرجع الدائن المحال على المدين المحيل إلا بالتوى**».

الملحق بالفصل الخامس

مناقشة مع الدكتور شفيق شحاتة

٨/٥ ـ يقول الدكتور شفيق شحاتة في الفقرة/ ٢٨٥/ من رسالته في معرض بيان الملاحظات على نظرية الالتزامات الإسلامية بإزاء النظريات المعروفة للالتزام في القانون المقارن ما نصه:

«وأول ما يلاحظ أن الفقه الإسلامي يتفق والتشريع الألماني في كثير من الموضوعات، نذكر منها نظرية عدم النفاذ، وكذلك هو يتفق والتشريع الإنكليزي في أكثر من موضع، نذكر هنا من ذلك نظرية عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي ـ وهي التي تقضي بأنه عندما يمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه أيضاً ـ والذي جمع بين هذه التشريعات الثلاثة انتصارها جميعاً لمذهب المادية. وتتبع هذه الملاحظة ملاحظة أخرى، وهي أن النظرية الإسلامية بعيدة عن النظرية الرومانية، لما أن هذه الأخيرة قد سيطرت عليها الفكرة الشخصية. وفي الواقع لا نجد أوجه شبه إلا في بعض نقط تفصيلية، كنظرية بطلان عقود المحجور عليهم.

وإذا أردنا المقارنة من حيث قيمة النظم القانونية؛ وجدنا التشريع الإسلامي قد سبق التشريع الروماني في تقرير بعض المبادئ العظيمة، منها مبدأ انتقال الملكية لمجرد الاتفاق، ومبدأ سلطان الإرادة، ومبدأ النيابة التعاقدية. ونجده مع ذلك قد تأخر عن التشريع الروماني في عدم تقريره مبدأ انتقال الالتزام من ناحيته الموجبة وفي ضعف القوة الإلزامية للارتباط التعاقدي» اهـ.

وإن مستند الأستاذ الدكتور شفيق شحاتة في حكمه بضعف القوة الالزامية للعقد في الفقه الإسلامي هو:

أولاً: ما رآه من كثرة الخيارات العقدية، وخاصة خيار الشرط، وهذا ما أفادنيه الأستاذ الكريم المشار إليه مراسلة.

ثانياً: ما لحظه من كثرة العقود غير اللازمة، كالوكالة والعارية إلخ... وهذا ما ذكره في الفقرة/ ١٨٠/ من رسالته.

٥/ ٩ ـ أقول:

سنرى قريباً في الفصل السادس الآتي (ف٦/ ١ ـ ٦/ ٢) نقد القول بأن التشريع الإسلامي أو الاجتهاد الحنفي خاصة لم يقبل مبدأ انتقال الالتزام من ناحيته الموجبة ـ أي الحق ـ، كما علمت أن التشريع الروماني لم يقبل مبدأ انتقال الالتزام لا من ناحيته الموجبة ولا من ناحيته السالبة أي لا نقل الحق ولا نقل الدين. (انظر ما تقدم ف ٥/ ٦).

أما القوة الالزامية للارتباط التعاقدي فهي في الفقه الإسلامي على أكمل وجوهها.

غير أن الفقه الإسلامي قد أتانا بأنواع عديدة من الخيارات والعقود غير اللازمة، كما أنه أيضاً يفرض قيوداً على حرية إرادة المتعاقدين في الشروط التي يشرطونها، وتختلف تلك القيود سعة وضيقاً باختلاف الاجتهادات الإسلامية، كما سنرى ذلك في موضعه. ولكن كل ذلك لا يؤثر في مبدأ قوة العقد الإلزامية التي هي على أشدها في الفقه الإسلامي:

٥/ ١٠ ـ فأما تلك الخيارات فإنها نوعان:

الأول: ما لا يثبت إلا بإشتراط العاقدين كخيار الشرط، والتعيين والنقد.

وهذا النوع إنما ينشأ بإرادة العاقدين فلا يطعن وجوده في القوة الالزامية للعقد، بل يؤيدها لأنه جزء من العقد نفسه.

الثاني: ما يثبت بحكم الشرع دون شرط، دفعاً لضرر يلحق أحد العاقدين دون أن يرضى به، كخيار العيب.

وهذا إنما يثبت بوجود بعض عيوب الرضى كالتدليس، والتغرير، وفوات الوصف، وتفرق الصفقة.

وقد أقرت أمثال هذه الخيارات النظريات الحقوقية الحديثة في القوانين الوضعية، لأن التشريع إنما وجد لحماية الحقوق، ولا يعقل إلزام أحد بضرر لم يلتزمه ولا يستلزمه عقده.

فهذا النوع الثاني أيضاً من الخيارات لا يقدح في مبدأ القوة الإلزامية للعقد، لأنه تفسير لإرادة العاقدين الضمنية، وهو حماية قانونية يقتضيها احترام مبدأ التراضي، ثم التوازن في حقوق ووجائب المتعاقدين.

على أن الاعتراض ببعض الخيارات قد يتوجه على الاجتهاد الشافعي الذي أخذ بنظرية خيار المجلس بعد عقد البيع، فسوغ لكل من المتبايعين فسخ البيع ما داما في المجلس قبل التفرق بالفعل. وذلك استناداً إلى حديث نبوي قد أوله الحنفية والمالكية تأويلاً آخر.

٥/ ١١ ـ وأما العقود غير اللازمة فهذا النوع لم يخل منه تشريع حتى القوانين الوضعية، وإن كانت تختلف الشرائع في تعيين تلك العقود غير اللازمة كما تختلف في ذلك الاجتهادات في الشريعة الإسلامية نفسها.

ومرد ذلك لا إلى ضعف القوة الإلزامية في فكرة العقد بنظر الشريعة، بل إلى كون بعض العقود ذا طبيعة اختيارية في استمراره، كعقد الشركة والتحكيم في الاجتهاد الحنفي، أو إلى كونه يقوم على أساس المعونة الاختيارية لأحد الطرفين، كالإيداع والإعارة والتوكيل، أو إلى كونه توثيقاً لحق لأحدهما فقط فله أن يتنازل عن وثيقته كالرهن بالنسبة إلى المرتهن.

وكل ذلك لا يورث ضعفاً في فكرة القوة الإلزامية للارتباط التعاقدي، ولا سيما في الشريعة الإسلامية التي يقول دستورها: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾.

٥/ ١٢ ـ وأما القيود التي فرضت في مذاهب من الفقه الإسلامي على حرية إرادة العاقدين في شروطهم فإنها إنما تتعلق بمبدأ سلطان الإرادة، ولا

علاقة لها بالقوة الإلزامية للعقد إلا من حيث ما يقتضيه الحكم الشرعي الجزائي عندما يخالف العاقد النصوص الآمرة بتلك القيود، فيبطل العقد أصلاً في بعضها، ويفسد في بعض فيستحق الفسخ.

على أن تلك العقود التعاقدية غير متفق عليها، وفي الاجتهادات سعة.

فإن كان هناك مجال لتصور ناحية ضعف من نواحي العقد في الفقه الإسلامي فهو في مبدأ سلطان الإرادة بالنسبة إلى **بعض الاجتهادات** التي تقيد حرية الشروط العقدية، وليس في القوة الالزامية للارتباط التعاقدي.



الفصل السادس

حول نقل الحق والالتزام بطريقة الحوالة

١/٦ ـ نقل الالتزام بطريق الحوالة وبطريق البيع:

يجب أن يلحظ في نقل الالتزام فرق بين نقله بطريق الحوالة ونقله بطريق البيع.

ففقهاء الحنفية قد جوزوا حوالة كل من الحق أو الدين إلى شخص ثالث بالتراضي، ولكنهم لم يجوزوا بيع الدائن دينه إلا من المدين نفسه فقط. وقد وضعوا في ذلك القاعدة القائلة: «لا يجوز تمليك الدين إلا ممن عليه الدين»(١).

وبذلك حدوا من قابلية نقل الالتزام في ناحيته الموجبة، (أي نقل الحق)، إذ حصروها بطريق الحوالة دون البيع.

والحوالة عندهم نوعان:

أ ـ **حوالة مقيدة**، وهي التي قيدت بأن يؤدي المحال عليه المبلغ المطلوب من مال معين عنده مملوك للمحيل، أو من دين عليه للمحيل.

ب ـ **حوالة مطلقة**، وهي التي تخلو من هذا القيد، فيؤديها المحال عليه من ماله الخاص سواء أكان هو مديناً للمحيل أو غير مدين.

والفرق بين طريق الحوالة وطريق البيع في هذا الشأن من وجهين:

---

(١) ستأتي هذه القاعدة في بحث نتائج التمييز بين الدين والعين (ف١٧/ ٤ ـ ١٣).

١ ـ من حيث الرضى، والقبول:

فإن الحوالة تتوقف شرعاً على رضى المحال عليه، ولا يكفي فيها الاتفاق بين المدين المحيل، والدائن المحال.

بخلاف البيع فإنه لا يتوقف على رضى غير البائع والمشتري. فلو صح بيع الدين من غير من عليه الدين لتم ذلك دون علم المدين ورضاه. فيصبح ملتزماً رغماً عنه تجاه دائن أجنبي عنه لم يتعاقد معه. وهذا لم يقبله الاجتهاد الحنفي، لأن الناس تختلف في المطالبة والملازمة والإلحاح.

٢ ـ من حيث الحكم، أي الأثر المترتب:

فإن البيع ينشأ عنه ملك بات. أما الحوالة فإنها لا تنقل ملكية الدين من ذمة إلى ذمة، وإنما تنقل التزام أداء الدين ـ ويتبعه انتقال حق الدائن ـ نقلاً غير نهائي بل معلقاً على المصير والنتيجة، حتى قال الفقهاء: «**إن المدين يبرأ بالحوالة براءة مؤقتة بعد التوى**». (رد المحتار ٤/ ٢٩١).

فإن تمكن الدائن المحال من استيفاء حقه من المحال عليه تأكد النقل نهائياً، وملك الدائن المحال ما قبضه وفاء عن دينه. وإن وقع التوى، لإفلاس المحال عليه أو لجحوده الحوالة كما تقدم، رجع المحال على مدينه الأصلي المحيل، لأن حقه لم ينقطع تعلقه بذمة المحيل؛ فيستوفي منه ويبطل النقل.

ولذا قالوا في **الحوالة المقيدة**: إن المدين المحيل إذا مات تبطل الحوالة، ويرجع المحال إلى تركته فيستوفي منها دينه أسوة بسائر الغرماء.

وقد عللوا ذلك بأن: «الحوالة ما شرعت للتمليك بل لنقل المسؤولية. فالمال أو الدين الذي كان للمحيل عند المحال عليه لم يصر مملوكاً للدائن المحال بعقد الحوالة. فبموت المحيل في الحوالة المقيدة تصبح سائر أملاكه تركة له ـ ومن جملتها ماله عند المحال عليه ـ فتتعلق بتركته جميع الحقوق الشخصية لدائنيه على السواء.

وهذا بعكس الحوالة المطلقة، فإن موت المحيل لا يبطلها بل يبقى المحال عليه ملتزماً بالوفاء للمحال، لأنه إنما التزم الوفاء من ماله لا من مال موجود للمحيل عنده (ر: الدر المختار ورد المحتار ٤/ ٢٩٠ و٢٩٤، وتقريرات الرافعي عليه).

فلو كانت الحوالة بالدين بيعاً له لما بطلت الحوالة المقيدة بموت المحيل. وإنما الحوالة عقد خاص له نتائج وخصائص يختلف بها عن البيع اختلافاً بيناً[1].

٦/ ٢ ـ وكأن بعض الأساتذة الباحثين قد نظروا إلى أن فقهاء الحنفية لم يجيزوا بيع الدائن دينه لغير مدينه، فاستنتجوا من ذلك أن الفقه الإسلامي لا يجيز حوالة الحق وإنما يجيز حوالة الدين فقط.

يقول الأستاذ شفيق شحاتة في الفقرة/١٠٦/ من رسالة «النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية»:

«سنرى أن للالتزامات في الفقه الإسلامي صبغة مادية. وقد أدت هذه الصبغة إلى إمكان تصور انتقال الالتزام من ناحيته السالبة ـ يعني حوالة الدين ـ بينما هو لا يقبل الانتقال من ناحيته الموجبة ـ يعني حوالة الحق ـ وهذا الانتقال يتم بواسطة ما سموه الحوالة» اهـ.

ويقرر أيضاً الأستاذ العلامة الشيخ أحمد إبراهيم إبراهيم في مذكرته عن الالتزامات في الشريعة الإسلامية ص/٢١٩.

«إن حوالة الحق في الاجتهاد الحنفي لا تصح، وعند الأئمة الثلاثة تصح للحاجة إليها» اهـ.

---

(١) قال الأستاذ شفيق شحاتة في الفقرة/١٠٦/ من رسالته: (قرر أحد علماء القانون أن الحوالة الإسلامية هي من المرونة بحيث تؤدي وظائف عدة: فهي تؤدي وظائف الإحالة، والتنازل عن الحق، والوكالة بالقبض، والوكالة بالقضاء، وفتح الاعتماد» (أنظر «هوفلان» في كتابه «Annales de droit commercial» طبعة سنة ١٩٠١م، ص/١ وما بعدها).

وهذا رأي سديد في فهم الحوالة.

غير أنه بالرجوع إلى كتب المذهب الحنفي يتضح أن الواقع المقرر في نصوصه جواز حوالة كل من الحق والدين، خلافاً لما ذكره الأستاذان المشار إليهما.

ولبيان ذلك يجب تحديد معنى حوالة الحق وحوالة الدين، ثم تطبيق ذلك على النصوص:

ـ فحوالة الحق معناها نقل الحق من دائن إلى دائن، أو بتعبير آخر: **حلول دائن محل دائن** بالنسبة إلى المدين.

ـ وحوالة الدين هي: **تبدل المدين بالنسبة إلى الدائن**، كما يصرح به الشيخ أحمد إبراهيم نفسه رحمه الله في مذكرة الالتزامات ص/٢١٨.

ومن السهل تمييز نوع الحوالة إذا نظرنا إلى المحيل: فإن كان المحيل هو الدائن فهي حوالة حق. وإن كان المحيل هو المدين فهي حوالة دين.

٣/٦ ـ إذا علمنا هذا فكل حوالة مطلقة يحيل بها المدين دائنه على آخر هي من قبيل حوالة الدين، إذ يتبدل فيها المدين، ويبقى الدائن هو نفسه، وهذا واضح ظاهر.

وكل حوالة مقيدة يكون فيها الإنسان مديناً لشخص ودائناً لآخر، فيحيل دائنه على مدينه ليقبض ذلك الدائن المحال دين المحيل من مدينه المحال عليه هي حوالة حق وحوالة دين في وقت واحد.

لأن المحيل فيها هو دائن للمحال عليه، ومدين للمحال. فيتبدل فيها بالنسبة إلى المحال عليه، دائن مكان دائن فتكون بذلك حوالة حق؛ كما يتبدل فيها المدين بالنسبة إلى المحال، فتكون بذلك حوالة دين.

وقد أجاز الفقهاء كلا النوعين من الحوالة المطلقة والمقيدة (ر: المجلة/ ٦٧٨)، وصرحوا بانقطاع حق المحيل في هذه الحوالة المقيدة من أن يطالب مدينه المحال عليه بالمال المحال به، وأوجبوا ضمان المحال عليه إذا دفع الدين إلى دائنه المحيل، لأن قبض الدين أصبح من حق الدائن الجديد وهو المحال (ر: المجلة/ ٦٩٢).

وعلى ذلك جوز الفقهاء أن يحيل البائع دائنه على المشتري بالثمن، ويحيل المرتهن على الراهن بالدين، وتحيل الزوجة على زوجها بالمهر. وكل ذلك من قبيل حوالة الحق يحل فيها دائن جديد ـ وهو المحال ـ محل الدائن الأصلي وهو البائع أو المرتهن أو الزوجة. حتى قالوا أنه يسقط بها عندئذ حق البائع في احتباس المبيع، وحق المرتهن في احتباس الرهن، وحق المرأة في احتباس نفسها عن الزوج، إذ يعد كل منهما كالمستوفي لحقه بهذه الإحالة على مدينه (ر: رد المحتار عن «الزيادات» للإمام محمد ٤/ ٢٩١).

وصرحوا أيضاً بجواز إحالة المستحق في الوقف دائنه على ناظر الوقف في حقه من الغلة بعد حصولها في يد الناظر (رد المحتار أيضاً) وهنا كما ترى قد حول المستحق في الوقف حقه إلى دائنه.

فهل بعد هذا من مجال لأن يقال إن الفقه الإسلامي، أو الاجتهاد الحنفي، يقبل حوالة الدين فقط دون الحق[1]؟.

(١) لا ينبغي أن يتوهم من تصوير حوالة الحق بصورة الحوالة المقيدة دون المطلقة، أن مديونية المحيل في هذه الحوالة المقيدة هي العلة الفقهية في جواز نقل حقه بالحوالة، إذ ليس لمديونيته أو عدمها تأثير فقهي في جواز نقل حقه أو عدم جوازه.
وإنما التجأنا في التصوير إلى الحوالة المقيدة لأنها هي التي تتوافر فيها، في الواقع، عناصر حوالة الحق، إذ يجب أن يكون للمحيل في حوالة الحق صفتا دائن ومدين.
ـ فكون المحيل مديناً للمحال ليتحقق معنى الحوالة بوجه عام، لأنها لا تسمى حوالة فقهاً إلا إذا كانت بين مدين ودائن.
ـ وكون المحيل دائناً فقط فأحال إلى غيره يكون هذا إما توكيلاً بالقبض، وإما بيعاً أو هبة للدين من غير من عليه الدين، وليس حوالة بالمعنى الفقهي. وقد علمت أن تمليك الدين من غير من عليه الدين لم يجوزه فقهاؤنا.
ولو كان المحيل مديناً غير دائن لكان حوالة دين لا حوالة حق.
فحوالة الحق الفقهية دائماً إنما تكون، في الواقع، من نوع الحوالة المقيدة.
وفي الاجتهاد الشافعي لا تكون الحوالة أبداً إلا مقيدة، إذ يشترط دائماً أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل بمقدار الحوالة فأكثر، فهي دائماً نقل للحق وللدين معاً، ولكنه في الاجتهاد الشافعي نقل نهائي في معنى البيع، فلا يرجع المحال على محيله بإفلاس المحال عليه ولا يشترط في عقدها رضى هذا الأخير.
ويجب أن يلحظ في هذا المقام أن نصوص القانون المدني الجديد (وقبله المادة/ ٦٤/ =

٦/ ٤ ـ هذا، وإن شبهة الأستاذ شفيق شحاتة في ذلك هي ما أشار إليه في الفقرة/ ١٨٠/ من رسالته:

«إن المحال لا يملك بعقد الحوالة مقابل الوفاء عند المحال عليه في الحوالة المقيدة».

أي أن المحال لا يملك المال الذي للمدين المحيل عند المحال عليه بمجرد الحوالة، وإنما يملكه المحال بعد تنفيذ الحوالة بالقبض. ولذا لو مات المحيل بطلت الحوالة المقيدة كما تقدم بيانه، ورجع المحال على تركة المحيل أسوة بسائر الغرماء الدائنين. ويعتبر من جملة التركة ما للمحيل المتوفىٰ عند المحال عليه من المال الذي كان مخصصاً لوفاء الحوالة.

ولكن هذه الشبهة مبنية على تصور أن حوالة الحق تستوجب التمليك كالبيع. وقد عرفت أن الحوالة ليست عند الفقهاء بيعاً وإنما هي عقد خاص يفترق عن البيع في شرائطه ونتائجه.

والفقهاء الحنفيون لم يجيزوا للدائن نقل حقه بطريق البيع، ولكنهم أجازوه له بطريق الحوالة، كما أجازوا للمدين نقل التزامه بها على ما سبق بيانه وتعليله. فإذا لم تفد الحوالة التمليك فليس معنى ذلك أن الحق لا يقبل الحوالة، إذ هذا هو حد الحوالة وغايتها شرعاً، ولا يمكن أن يطلب بالعقد أكثر من غايته المشروع لها.

على أن الأستاذين الكريمين متفقان على أن حوالة الدين جائزة في الاجتهاد الحنفي وسائر الاجتهادات الإسلامية.

وقد رأيت أن الاجتهاد الحنفي حكمه واحد في جميع صور الحوالة: أنها لنقل المسؤولية بالدين بصورة غير نهائية، حتى أن المحال فيها يرجع على المحيل عند التوى، سواء في ذلك الحوالة المقيدة التي فيها نقل حق،

= من قانون أصول المحاكمات الحقوقية السابق لدينا قد قضت بعمومها على قاعدة «عدم صحة تمليك الدين من غير من عليه الدين» فأصبح للدائن أن يبيع دينه أو يهبه ممن يشاء. وسيأتي التنبيه على ذلك في باب الأموال.

والمطلقة التي ليس فيها سوى نقل دين، خلافاً للاجتهادات الأخرى التي تعتبر النقل في الحوالة نهائياً لا رجوع بعده بإفلاس المحال عليه.

فإذا كان القول بنفي حوالة الحق من الاجتهاد الحنفي مستنداً إلى كون صورة حوالته لا تفيد نقلاً نهائياً لزم منه أن يقال بنفي حوالة الدين أيضاً للاشتراك في العلة. ولا وجه للإثبات في صورة والنفي في أخرى وعندئذ لا ندري لماذا وضع الفقهاء في مباحث الفقه كتاب الحوالة؟!

٦/ ٥ ـ نعم إن الفارق بين فقهنا والأحكام القانونية الحديثة في هذا الموضوع أن نظريات الحقوق الوضعية الحديثة أجازت للدائن نقل حقه بالبيع والهبة وغير ذلك بصورة مطلقة، بينما الفقه الحنفي قيد ذلك في غير الحوالة بأنه لا يجوز أن يبيع الدائن دينه أو يهبه إلا لمن عليه الدين، كي لا يفاجأ المدين بدائن لم يتعاقد معه ولا يتحمله، وسدّاً لباب المراباة.

على أنهم جوزوا أيضاً هبة الدائن دينه لغير المدين إذا وكله الدائن الواهب بقبضه، فيقبضه بحكم الوكالة، ثم يملكه بحكم الهبة.

والخلاصة أن فصل الخطاب في الموضوع هو التمييز بين الحوالة والبيع.

ولو أن الأستاذ شفيق شحاتة إنما ينفي جواز نقل الحق بطريق البيع فقط في الاجتهاد الحنفي لكان ذلك مسلماً به ولا مجال لانتقاده. ولكنه نفى إمكانه بطريق الحوالة إذ قال فيما نقلناه من عبارته: «**وهذا الانتقال يتم بواسطة ما سموه: الحوالة**». وهذا هو محل المناقشة[1].

---

(١) بعد ما تقدم أخرج الدكتور شفيق شحاتة كتابه «حوالة الحق في قوانين البلاد العربية» وهو محاضرات في القانون المدني ألقاها في معهد الدراسات العربية العالية سنة/ ١٩٥٤. وقد جاء فيه ص/ ٦١ فقرة/ ٧٧ ما نصه: «يقال في العادة أن حوالة الحق غير جائزة في الفقه الحنفي بخلاف حوالة الدين. أما عن حوالة الحق فالذي اتضح لنا بعد استقرائنا للمسائل فيما تقدم أن الحكم بعدم جوازها هو في الواقع حكم مبتسر».

وهذا كما ترى رجوع عن رأيه السابق في كتابه «نظرية الالتزامات في الشريعة الإسلامية» إلى رأينا. وهذا خلق العلماء إذا تبين لهم الصواب.



الفصل السابع

موضوع الالتزام(١)

الالتزام بالدين وبالعين وبفعل وبامتناع
ـ الموضوع الإيجابي، والموضوع السلبي

٧/ ١ ـ الالتزام بالدين، وبالعين، وبفعلٍ، وبامتناع:

يقرر علماء القانون أن الالتزام يكون موضوعه أحد أربعة أمور: إما أداء مبلغ من النقود؛ وإِما تسليم عين معينة بذاتها؛ وإِما قياماً بعمل معين؛ وإما امتناعاً عن عمل.

ونجد هذا منطبقاً على ما في الفقه الإسلامي من صور الالتزامات المختلفة. ففي الفقه الإسلامي أيضاً نجد أن الالتزام قد يتعلق بدين أو بعين أو بعمل وبامتناع عن عمل، كما يتضح مما يلي:

أ ـ الالتزام بالدين:

إن الالتزام بأداء مبلغ هو التزام بوفاء دين.

فالدين يعبر به غالباً في الفقه الإسلامي عن التزام الملتزم بالنقود أو ما في حكمها من الأشياء المثلية التي تثبت في الذمة من المكيلات أو الموزونات أو المذروعات أو العدديات المتقاربة (ر: المجلة/ ١٥٨) وسيأتي تفصيله.

والذمة تفيد معنى العهدة التي تكون للشخص في تحمل الحقوق.

---

(١) تقدم إيضاح معنى موضوع الالتزام في بحث عناصر الالتزام وحقيقته فلينظر (ف٥/ ٢).

وقد يراد منها ما يرادف الالتزام النقدي. وسنبسط الكلام على الدين والعين ونظرية الذمة في الفصلين ١٧ و ١٨.

وقد ميز الفقهاء في التزام الدين بين عنصريه الأساسيين؛ وهما: **ذات الدين، والمطالبة به.**

فالأصل في هذين العنصرين التلازم، وقد ينفك أحدهما عن الآخر.

ويذكر الفقهاء ذلك بمناسبة الكفالة، والحوالة، والإبراء، والتقاص، وتأجيل الدين:

- فالكفالة تضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول في المطالبة فقط.

- والحوالة تنقل التزام أداء الدين من ذمة إلى ذمة.

- وفي الإبراء يستفاد من كلام الفقهاء التفريق بين الإبراء عن أصل الحق، والإبراء عن الدعوى به. فالإبراء عن الدعوى فقط لا يسقط الحق ولكن يمنع المطالبة به (ر: رد المحتار كتاب الصلح ٤/ ٤٧٤ ـ ٤٧٥).

- والتقاص هو أن يثبت للمدين عند الدائن نظير دين هذا عليه. وهو إنما يمنع المطالبة ولا يسقط الديون المتقابلة. فلو أبرأ أحدهما الآخر بعد ذلك طولب بما للآخر عليه، إذ بزوال المانع يعود الممنوع كما سنرى في نتائج التمييز بين العين والدين في الفقرات (١٧/ ٤ ـ ١٣).

- والدين، بوجه عام، يقبل التأجيل إلى زمن معين كما يقبل التنجيم، ـ أي التقسيط ـ بحيث يؤدى كل قسط منه في موعد معين.

- فتأجيل الدين يمنع المطالبة قبل حلول الأجل رغم قيام الدين.

ب ـ الالتزام بالعين:

أما الالتزام بالعين فذلك عندما يكون محله عيناً معينة بذاتها يقع الالتزام بتسليمها، كتسليم المبيع للمشتري ورد المغصوب إلى المغصوب منه، وتسليم الوديعة المودع عند طلبها، وإعادة المأجور إلى المؤجر متى انقضت مدة الإجارة.

فالالتزام بالعين المعينة بذاتها معناه دائماً: الالتزام بتسليمها.

ويجوز تحديد مكان معين لتسليم العين الملتزم بتسليمها، كما يجوز ذلك في الدين.

فقد نصوا على أنه لو اشترط في عقد البيع تسليم المبيع في مكان معين صح الشرط ووجب تسليم المبيع في المكان المشروط (المجلة/ ٢٨٧).

ج ـ الالتزام بعمل:

وأما الالتزام بالعمل فصوره كثيرة لا تحصى، كالالتزام بنقل بضاعة أو إصلاح آلة، أو صنع شيء من الأشياء. ويدخل فيه بصورة عامة التزام كل أجير بالقيام بالعمل المستأجر عليه.

ويشمل الالتزام بالعمل أيضاً ما تقدم من صور الالتزام بالعين والالتزام بالدين. فإن تسليم العين، كرد العارية والمغصوب، هو نوع من العمل. وكذلك وفاء الديون.

فالعمل أو الفعل موضوع عام يشمل تسليم الأعيان المعينة بذاتها، ودفع الديون، كما يشمل كل عمل من نوع آخر كإصلاح آلة، ونقل بضاعة، وإجراء عملية جراحية لمريض، إلخ..

وقد يعتبر الالتزام الناشئ بعقد الاستصناع التزاماً بالعمل على أحد رأيين للفقهاء في أن المبيع فيه هو العمل أو المعمول. والراجح عندهم الرأي الثاني: أن المبيع فيه هو العين المصنوعة، وعليه المجلة.

وثمرة الخلاف أن الصانع لو جاء بمصنوع شخص سواه موافق للشروط والأوصاف يلزم به المستصنع على الرأي الثاني دون الأول.

د ـ الالتزام بامتناع عن عمل:

إن ما تقدم من الصور والأمثلة كلها كان موضوع الالتزام فيها إيجابياً يتجلى في القيام بفعل كدفع الدين، وعمل الأجير، وتسليم المبيع والثمن

إلخ... والموضوع الإيجابي هو الصورة الشائعة الغالبة في موضوع الالتزامات.

وقد يكون موضوع الالتزام سلبياً يتجلى في صورة امتناع عن فعل، كالتزام الوديع بأن لا يتعدى على الوديعة، والتزام المرتهن بأن لا يستعمل المرهون بلا إذن الراهن، والتزام المستأجر بأن لا يتجاوز المعتاد في استعمال المأجور، والتزام الشريك في المال المشاع بأن لا يستعمل العين المشتركة استعمالاً مضراً بحق شريكه.

٢/٧ ـ إن الموضوع السلبي للالتزامات في الفقه الإسلامي يرى كثيراً في الوجائب المدنية العامة التي يفرضها الشرع كمبدأ عام لصيانة الحقوق والأموال، ومنع العدوان، كالأمثلة التي بيناها. فهذه واجبات تثبت حكماً بإيجاب الشرع.

ولم يرد في الاجتهاد الحنفي ما يسوغ أن يكون الامتناع **موضوعاً مباشراً** للالتزامات العقدية، كتعاقد اثنين على أن لا يفتح أحدهما محلاً تجارياً في جانب محل الآخر لبيع مثل بضاعته، أو كاتفاق أرباب نوع من المعامل مع أحدهم أن يغلق معمله كي ينحصر الانتاج بهم لقاء عوض شهري يدفعونه إليه، كما يجري اليوم بين أرباب المطاحن، ونحو ذلك من الموضوعات السلبية في التعاقد.

وإنما يكون الامتناع موضوعاً **غير مباشر** في الالتزام العقدي، فيكون من لوازم العقد ومقتضياته بحسب المبادئ الشرعية العامة وأن يصرح به في العقد. فعدم استعمال الوديعة هو من وجائب الأمين العامة. وكذا ما ذكر في مثال المأجور والمرهون لأن عينهما أمانة.

أما العقد على الامتناع عن فعل مدني سائغ فهو غير معتبر، لأن من المقرر لدى فقهائنا أن الإنسان لا يلزم بتحمل **الضرر المحض** وإن رضى به[١]، والامتناع عن عمل مدني مشروع هو ضرر لصاحبه.

---

(١) انظر «درر الحكام شرح غرر الأحكام» لمنلاخسرو، في البيع الفاسد ٢/ ١٧٠ من تعليل فساد بيع جذع من سقف وذراع من ثوب يضره التبعيض.

وفي هذا تختلف نظرية الفقه الحنفي عن الفقه الأجنبي. ففي القوانين الأجنبية قد أقروا مبدأ التعاقد على الامتناع عن فعل، واعتبروه ملزماً وجعلوا من الموضوع السلبي ميداناً واسعاً للالتزامات العقدية ولا سيما في المضمار التجاري[١].

٧/ ٣ ـ الموضوع الإيجابي، والموضوع السلبي:

هذا، وبناء على جميع ما سلف بيانه ـ وخاصة أن الالتزام بالدين وبالعين يدخلان في الالتزام بالعمل الذي هو أعم منهما موضوعاً ـ يمكن تلخيص ما تقدم بأن موضوع الالتزام يكون دائماً بوجه عام أحد أمرين: إما عملاً، وإما امتناعاً عن عمل، أي إما موضوعاً إيجابياً وإما سلبياً.

ويدخل في الموضوع الإيجابي ـ وهو الفعل ـ وفاء الدين، وتسليم العين.

٧/ ٤ ـ تلازم المسؤولية والمديونية:

الأصل في التشريع الإسلامي ـ وكذا في النظريات القانونية الحديثة ـ التلازم بين عنصري المديونية والمسؤولية في المحل.

---

(١) تقدم في بيان أنواع الحق العيني أن الاجتهاد المالكي يسوغ إنشاء مثل هذا الالتزام السلبي بالعقد في حقوق الارتفاق (ر: ف٣/ ٤ الحاشية).
والظاهر أن الاجتهاد المالكي يجيز إنشاء الالتزامات السلبية بالتعاقد على نطاق أوسع. فقد نص المالكية على أنه إذا اتفق المشتري في البيع بالمزاد مع أحد منافسيه أن يكف عن الزيادة لقاء مبلغ يدفعه له فكف المنافس عنها يستحق هذا المنافس المبلغ سواء اشترى ذاك السلعة أم لا.
وهذا من صور التناجش الذي تقدم بحثه في الجزء الأول (المدخل الفقهي ف٣٥/ ٣).
فإذا تواطأ المشتري مع جميع منافسيه أو أكثرهم على أن يكفّوا عن المزايدة كان ذلك غير جائز لضرره بالبائع، ودخل عندئذ في حد عيوب الرضى، فيكون للبائع حق إبطال البيع (ر: شرح الخرشي وحاشية العدوي ٥/ ٨٣).
ويجب أن يلحظ هنا أن نصوص القانون المدني، (وقبله المادة/ ٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية السابق) تقتضي اعتبار هذه الاتفاقات السلبية ملزمة لأصحابها. فهذا الحكم القانوني هو النافذ لدينا اليوم.

فشخص المكلف في الالتزام هو مدين ومسؤول بالمعنى والتحديد الذي سبق بيانه في الفقرة السابقة.

ولكن قد ينفك محل المديونية عن المسؤولية لعوارض استثنائية، فيكون محل المديونية هو الذمة الشخصية، ومحل المسؤولية هو المال. وذلك كما إذا كان المدين قاصراً، فإن التنفيذ يتعلق رأساً بماله، فلا يحبس في الدين، ولكنه متى ملك تمام أهليته بالبلوغ حمل المسؤوليات شرعاً، وساغ إجباره قضاء على الإيفاء.

٧/ ٥ ـ تنبيه:

ظهر مما سلف أنه لا يجب لاعتبار الحق شخصياً في مقاصد الفقهاء أن لا يكون له تعلق بعين معينة.

فقد يكون الحق شخصياً ولو أن موضوعه تسليم عين، كحق المودع على الوديع بتسليم الوديعة؛ وحق المالك على الغاصب برد عين المغصوب، وحق المشتري على البائع بتسليم عين المبيع.

فالحق هنا متجه إلى الفعل المتصل بالعين، وهو التسليم أو الرد، إلخ.. كما تقدم. فهو حق شخصي لمن يتسلم، وهو التزام من المكلف بالتسليم. أما ملكية العين نفسها فهي حق عيني لصاحبها المالك.

الفصل الثامن

في شرائط الالتزام وتعريفه

تعيين طرفي الالتزام ـ معلومية محله ـ قيمة المحل ـ تعريف الالتزام ـ الأسماء الاصطلاحية لعناصره.

١/٨ ـ تعيين طرفي الالتزام:

اتضح مما سلف أن كل التزام لا بد فيه من طرفين: الملتزم والملتزم له. فهل يجب أن يكون الطرفان معينين منذ ابتداء الالتزام ونشأته؟ مما لا شبهة فيه أن الملتزم لا بد أن يكون وأن يتعين منذ نشأة الالتزام لأنه هو المكلف أو المدين، ولا يعقل إنشاء دين في ذمة شخص غير معين.

أما الملتزم له، أي صاحب الحق، فإن الأصل فيه أن يكون أَيضاً متعيناً منذ نشأة الالتزام. لكن استقصاء الأحكام الفقهية يدل على أنه لا يجب دائماً أن يكون متعيناً ابتداء، بل قد يكتفي بتعيينه عند استحقاق تنفيذ الالتزام. ومعنى ذلك أنه يمكن أن يقع الالتزام لمجهول في الابتداء:

١ ـ فقد نص الفقهاء على صحة تنفيل الإمام في الجهاد بقوله محرِّضاً للمجاهدين: «من قتل قتيلاً فله سلبه».

وعندئذ من يقتل عدواً يستحق أسلابه ولو لم يكن ممن سمعوا مقالة الإمام وقت التنفيل.

وقد ورد مثل هذا التنفيل عن النبي ﷺ (ر: الدر المختار وحاشيته، باب المغنم من كتاب الجهاد ٣/٢٣٨ وروى ذلك البخاري ومسلم).

٢ ـ وكذلك أجازوا أن يعلن من يفقد شيئاً جائزة محددة لمن يجده ويأتيه به، ولو لم يكن الخطاب والتكليف موجهاً إلى شخص معين، ويستحق الواجد أجر المثل في أحد رأيين للفقهاء في ذلك[1]. وفي القواعد القانونية يستحق الجائزة.

٣ ـ وصرحوا أيضاً في العبد الذي يأبق ـ أي يفر من مولاه ـ أن من أحضره يستحق على مولاه جعلاً قدره أربعون درهماً، وهو حكم ثابت بالسنة.

ومقتضاه أن المولى عند الإباق يعتبر ملتزماً للجعل تجاه كل من يتأتى منه رد العبد (رد المحتار ٣/ ٣٢٦ ـ ٣٢٧).

٤ ـ وصرحوا أيضاً أن من ألقى شيئاً وقال: «من أخذه فهو له» أو نحو ذلك، فلمن سمعه أو بلغه قوله هذا أن يأخذه فيملكه.

أما من لم يبلغه الإعلان فلا يملكه إن أخذه، لأنه إنما يأخذه عندئذ على سبيل اللقطة ليرده إلى صاحبه، بخلاف من بلغه القول، فذلك يأخذه على سبيل الهبة، وقد تمت بالقبض بعد الإيجاب.

ولا يضر كونه إيجاب التزام لمجهول لأنه هذه جهالة لا تفضي إلى المنازعة المشكلة والملك إنما يثبت عند الأخذ ـ أي التنفيذ ـ وهو متعين معلوم، إذ ذاك.

وأصل هذا الحكم يستند فيه الفقهاء إلى حديث نبوي.

حتى أن مجرد الإلقاء بلا إعلان يفيد هذا الحكم إذا قامت قرينة مقام الإعلان كمن ينثر السكر والدراهم في العرس ونحوه، فمن أخذ شيئاً منه ملكه (رد المحتار، آخر كتاب اللقطة).

٥ ـ وكذلك صرحوا بصحة الإقرار لمجهول جهالة غير فاحشة كما لو قال شخص لاثنين: إن لأحدكما علي مبلغ كذا، وعندئذ ينصف بينهما إن اتفقا (المجلة/ ١٥٧٨).

---

(١) والرأي الثاني أنه لا بد لاستحقاق الجعل ـ أي الجائزة ـ أن يكون الخطاب موجهاً إلى جماعة حاضرين أو شخص معين تخريجاً على الاستئجار (ر: الدر المختار ورد المحتار، كتاب اللقطة ٣/ ٣٢١).

على أن صحة الالتزام دون تعيين الملتزم له في هذه الأمثلة الخمسة ونحوها هي حكم استثنائي لا يمكن تعميمه على كل التزام، فإن معظم الالتزامات لا بد فيها من تعيين كلا الطرفين عند نشأتها، وهذا هو الأصل كما في البيع والإجارة وغيرهما.

٨/ ٢ ـ معلومية محل الالتزام:

وكذلك محل الالتزام، فإنه **في أغلب الأحوال** لا بد أن يكون معلوماً منذ نشوء الالتزام.

وعدم معلومية المحل في الالتزامات العقدية يكون إما مفسداً للعقد المنشئ للالتزام، أو مبطلاً له على اختلاف الاجتهادات في ذلك.

فقد اعتبر الاجتهاد الحنفي بيع الشيء المجهول وإجارته مثلاً منعقدين لكنهما فاسدان لتأديتهما إلى نزاع مشكل عند التنفيذ، بينما ذهب الاجتهاد الشافعي وغيره إلى بطلان العقد بهذه الجهالة.

ويجري مثل هذا الاعتبار في عقود المعاوضة كافة، كالبيع والإجارة والصلح على بدل والقسمة إذا كان أحد العوضين أو كلاهما مجهولاً.

وإنما قلنا ـ في أغلب الأحوال ـ لأن فقهاء الحنفية قد أجازوا في بعض الالتزامات جهالة محلها ابتداء، واكتفوا بالمعلومية عند التنفيذ.

فقد صرحوا في الكفالة بجوازها وصحتها إذا كفل الإنسان ما سينشأ من دين عند آخر بمبايعته[١].

وكذلك صححوا أن يبيع إنسان ما في صندوقه وإن لم يكن مضمونه معلوماً عند العقد.

وصححوا أيضاً عقد النكاح بمهر مجهول، وأوجبوا فيه مهر المثل، لأن المال ليس مقصوداً أساسياً في النكاح.

---

(١) ر: الدر المختار، كتاب الكفالة ٤/ ٢٦٤.

٣/٨ ـ قيمة محل الالتزام:

هل يجب أن يكون محل الالتزام ذا قيمة؟

إن النظر يقضي حتماً أن يكون محل الالتزام ذا قيمة مالية بالنسبة إلى الملتزم له، إذ لا منفعة ترجى من عملٍ أو كفٍ لا قيمة له، كمن التزم تجاه آخر أن يمشي مدة من الزمن، أو أن يصوم عن الطعام، أو يسهر، أو نحو ذلك من الأعمال المباحة التي لا طائل تحتها أو لا يعود على الملتزم له ثمرة منها[1].

فالواقع أنه في أغلب الأحوال يجب أن يكون للالتزام قيمة مالية، ولا سيما في الالتزامات التعاقدية، إذ العقد إنما يبغي به الطرفان غاية اكتسابية.

وتتجلى القيمة المادية في الالتزامات الإيجابية بوضوح، كتسليم المبيع والثمن، وعمل الأجير، وأداء الأجرة، والتمكين من منافع المأجور، ونتائج أعمال الشركاء في الشركة إلخ... أما الالتزامات السلبية التي سلف بيانها فكذلك تظهر فيها القيمة المادية بطريق غير مباشر، لأن التزام عدم استعمال الأمانة أو عدم التعدي عليها مثلاً هو مصلحة مالية لصاحبها، لأنه يبعد عنها طروء ما يضرها.

وفي البيع شرط الفقهاء صراحة في جملة شرائط انعقاده أن يكون المعقود عليه **مالاً متقوماً**. ويفسرون المتقوم في اصطلاحهم بأنه ما يجوز الانتفاع به شرعاً، فيخرج ما لا يجوز الانتفاع به ولو كان ذا قيمة في الأسواق لأنها هدر في نظر الشرع، كالخمر والخنزير بالنسبة إلى عقد المسلم (المجلة/ ١٢٧ و١٩٩).

على أنه قد رأينا أن الالتزام لا يختص بما كان ناشئاً عن عقد، بل كل تكليف مدني بعهدة على إنسان هو التزام عليه وهو حق شخصي لآخر، كما تقدم في تعريف الحق الشخصي.

---

(١) هذا كما لا يخفى في الالتزامات المدنية، أما الدينية فقد يصح فيها ما لا يصح مدنياً، كالتزام التعبدات من صلاة وصيام وصدقة ونحوها، وهو ما يسمى: **نذراً**.

فبهذا الاعتبار نجد أن الالتزام في بعض الأحوال قد تكون قيمته أدبية تتصل بالأخلاق والمصالح المعنوية ونظام الأسرة، كالتزام المرأة بطاعة زوجها ومتابعته، والتزام الزوج بحسن معاملتها، فهذا يفرضه الشرع كنتيجة لعقد الزواج؛ وكالتزام الولي بأعمال الولاية على قاصر، فإنها عهدة عليه يجب القيام بأعبائها[١].

٨/ ٤ ـ تعريف الالتزام:

بعد أن حصلنا بما سلف بيانه فكرة إِجمالية عن الالتزام وموضوعه ننتقل إلى تعريفه بالحد القانوني والشرعي مستمداً مما سبق إيضاحه.

فالالتزام هو:

كون شخص مكلفاً شرعاً بعمل أو بامتناع عن عمل لمصلحة غيره.

وهذا هو خير تعريف نضعه بعد النظر في مختلف التعاريف القانونية الحديثة من مختصر مخل، ومطول فارغ.

إن تأخيرنا هذا التعريف القانوني إلى هنا بعد ما تقدم من التمهيد يجعله واضحاً بلا حاجة إلى إيضاح وتحليل[٢].

---

(١) قد اعتبر في التشريع الفرنسي التزام الزوجة بالطاعة والوصي بالوصاية من الالتزامات الأدبية التي مصدرها القانون (ر: نظرية العقد للأستاذ السنهوري ف/ ٧١/ الحاشية/ ٢).

(٢) نلفت النظر بهذه المناسبة إلى أنه ليس من الضروري، بل ولا من الصواب، ما يحرص عليه بعض علماء القانون في مؤلفاتهم من استيعاب معان في تعريف الالتزام لا يتوقف عليها فهم حقيقته وخصائصها، كقولهم مثلاً في بعض التعاريف التقليدية: «**الالتزام هو رابطة قانونية محلها عمل أو امتناع عن عمل ذي قيمة مالية أو أدبية، بمقتضاها يلتزم شخص نحو شخص آخر موجود أو سيوجد**».

(ر: «الالتزامات» للأستاذ الدكتور حشمة أبي ستيت ف/ ٢٥).

ويقصدون بهذه الإطالة الإشارة إلى أنه لا يشترط في محل الالتزام قيمة مادية، كما لا يشترط وجود الملتزم له عند نشوء الالتزام، بل يكفي وجوده عند التنفيذ. أما الملتزم فيشترط وجوده من الابتداء.

فكل هذه النواحي خارجة عن ماهية الالتزام وحقيقته، وعن خاصته المميزة، وإنما هي شرائط قد يشترطها قانون ويهملها آخر.

=

وهنا لا بد من الإشارة إلى أن علماء القانون الأجنبي، ومن ينقل عنهم من العرب أيضاً، يعرفون الالتزام والحق الشخصي تعريفاً واحداً على أساس أنهما بمعنى واحد كما سلفت الإشارة إليه. وقد سبق أن بينا - في مطلع هذا الفصل - خطأ هذا النظر، وأوضحنا اختلاف مفهوم **الحق** عن مفهوم **الالتزام** من حيث أن في الحق معنى الدائنية، وفي الالتزام معنى المديونية، وإن كانا طرفي رابطة واحدة، وعناصرهما واحدة كما تقدم (ر: ف٥/١ - ٢).

وهذا يوجب أن يعرفا بتعريفين مختلفين يظهر منهما هذا الفارق الأساسي.

ولذلك عرفنا الحق الشخصي فيما سبق بأنه: **مطلب يقره الشرع لشخص على آخر** (ر: ف ٢/ ٤) والآن عرفنا هنا الالتزام هذا التعريف الآخر.

٨/ ٥ - الأسماء الاصطلاحية لعناصر الالتزام:

اصطلح شراح نظرية الالتزامات على تسمية طرفي الالتزام: دائناً، ومديناً.

فالدائن هو الملتزم له، والمدين هو الملتزم، ومحل الالتزام هو الدين.
وهذا ترجمة حرفية عن اصطلاح القانون الفرنسي، إذ يسمى الملتزَم له: Créditeur والملتزم: Débiteur.

وهذا الإصطلاح - على ما فيه من سهولة الاستعمال والاختصار ووضوح الدلالة - غير مناسب لعرف الفقه الإسلامي واصطلاحه بالنسبة إلى الالتزامات التي موضوعها العمل كما في الأجير والمستأجر، والتي موضوعها ذو قيمة أدبية كواجب الطاعة والمتابعة على المرأة لزوجها، إذ يعد في منتهى البعد عن الذوق الفقهي تسمية الزوجة في هذا مدينة، والزوج دائناً.

والأولى فيما نرى أن يقتصر في التسمية على الألفاظ الثلاثة: الملتزم والملتزم له، والالتزام.

= ومن المقرر علمياً أن الشرائط ليس محلها التعاريف. فلو أردنا مثلاً تعريف عقد الوكالة لوجب أن نقتصر في تعريفها على قولنا: **«إنها إنابة شخص لغيره عنه في التصرف»** - كما يعرفها فقهاء الشريعة الإسلامية - فإن تعريفها ليس محلاً لذكر الشرائط المطلوبة في الموكل، والوكيل، والتصرف الذي يجوز فيه التوكيل.

على أنه إذا أريد الاصطلاح على مرادف لهذه الألفاظ الثلاثة بعيداً عن الاشتباه اللفظي في الرسم فخير ما نختاره هو:

الطالب، للملتزم له؛

والمكلف، للملتزم؛

والتكليف، أو العهدة، أو الوجيبة، للالتزام[١].

---

(١) لفظ **الالتزام** قد استعمله الفقهاء الإسلاميون من القديم بمعناه الحديث اليوم في الاصطلاح القانوني.
فقد جاء في الموافقات للشاطبي المالكي بمناسبة الكلام عن **خطاب الشارع**، ـ أي النص التشريعي الذي هو أساس التكليف ـ ما نصه:
«**إن من شرط تعلق الخطاب إمكان فهمه، لأنه إلزام يقتضي التزاماً**».
(ر: الموافقات، في بحث «المانع» ١/ ٢٨٥).
ويقول الشيخ عبد العزيز البخاري من كبار فقهاء الحنفية والأصوليين في شرحه «**الكشف**» على أصول فخر الإسلام البزدوي في بحث بقاء ذمة الشخص أو انهدامها بالموت، ما نصه: «**إن ذمة الميت لم تبق محلاً لوجوب الحقوق فيها ابتداء بعد الموت. وكما يشترط المحل لابتداء الالتزام يشترط لبقاء الحق**».
(ر: الكشف ٤/ ٣١٤).
وسنرى في نظرية الذمة تعريف الأصوليين لها بأنها: **صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحاً للالزام والالتزام**.



الفصل التاسع

في مصادر الالتزام

معنى مصدر الالتزام ـ حصر المصادر وترتيبها ـ أساس هذا الحصر

١/٩ ـ معنى مصدر الالتزام:

مصدر الالتزام هو الأمر أو الحادث الذي نشأ عنه الالتزام. وهو يقع دائماً في جواب السؤال: من أين نشأ الالتزام؟

فالالتزام بين المتبايعين مصدره عقد البيع؛ والتزام المتلِف بالتعويض عما أتلف مصدره الفعل الضار؛ والتزام الأب بنفقة ولده مصدره الشرع نفسه استناداً إلى البنوة والفقر.

ومن ذلك يتضح أن مصدر الالتزام هو سببه نفسه المتقدم ذكره في الفقرة ٣/٥ ـ وهو الذي يربط العناصر المادية (الطرفين والمحل) برابطة الالتزام ـ لأن المصدر الذي ينشأ منه الالتزام ليس في الحقيقة إلا الحادث الذي ربط به الالتزام وجوداً وعدماً. وهذا معنى السبب.

وقد صرح الفقهاء والأصوليون أن كل عقد هو سبب للأحكام التي تنشأ عنه، وهي الالتزامات. فإذا كان العقد من مصادر الالتزام كما سيأتي، كانت النتيجة أن سبب الالتزام هو مصدره نفسه[١].

---

(١) جاء في رسالة «النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامي» للأستاذ شفيق شحاتة (ف/٤٦) ما نصه:

«وفي الواقع أن من عناصر الالتزام في التشريع الإسلامي السبب، ولو أن ذلك لم يذكر=

٢/٩ ـ حصر مصادر الالتزام.

ومصادر الالتزام بوجه عام قد استقر الاستقراء والنظر الفقهي على حصرها في خمسة مصادر كلية وهي:

العقد، والإرادة المنفردة، والفعل الضار، والفعل النافع، والشرع[١].

ومعنى المصدرية في هذه الأمور أن كل التزام لا بد أن يكون مستنداً إلى أحد هذه الأسباب ومتولداً عنه.

ولا يجب أن تشترك كل هذه المصادر أو اثنان منها فأكثر في توليد الالتزام ـ كما يجب أن تتحقق جميع الشرائط لوجود الأمر المشروط ـ لأن هذه

= صراحة. والفقهاء عندما يستعملون لفظ «السبب» يقصدون في العادة مصدر الالتزام. وإنا نجد مثلاً **الشروطيين** يقولون بوجوب ذكر **«سبب الدين»** في ذكر الحق. وكذلك يشترط ذكر السبب في الدعوى بالدين» اهـ.

والشروطيون الذين ورد ذكرهم في كلامه هم الفقهاء المؤلفون في موضوع طرائق إنشاء الصكوك التي كانت تسمى **«كتب الشروط»** كأبي جعفر الطحاوي مؤلف كتاب **«الشروط الكبير»**.

(١) التشريع الفرنسي قد جعل في القانون المدني مصادر الالتزام الخمسة هي: **العقد، وشبه العقد، والجرم، وشبه الجرم، والقانون**.

وقد بين شراح نظرية الالتزامات المتأخرون أن ذلك التقسيم خطأ ووهم، فلا يوجد شبه عقد، ولا شبه جرم.

وقد بينوا منشأ الوهم في هذا التصور والتسمية بالاستناد إلى القانون الروماني الذي هو أصل القانون الفرنسي، إذ كان مصدر الالتزامات عامة عند الرومانيين الجرائم والعقود فقط. ثم ألحقت بها التزامات ليست ناشئة عن عقد ولا عن جرم، ولكنها تشبه الالتزامات الناشئة عن جرم أو عن عقد، كإتلاف مال الغير، وعمل الفضولي.

فسمى بعض الحقوقيين المتأخرين من الفرنسيين أسباب هذه الزمرة من الالتزامات: **أشباه الجرائم، وأشباه العقود**، ظناً منهم أن الشبه المقرر بين أنواع الالتزامات في النظر الروماني هو شبه بين مصادرها، فخلطوا بين الالتزام ومصدره.

وقد ساد هذا الوهم زمناً في النظريات الفرنسية وجاء القانون المدني الفرنسي فبنى على هذا الوهم (ر: نظرية العقد للأستاذ السنهوري).

وإن الذي استقر عليه الرأي القانوني الحديث هو التقسيم الذي ذكرناه، وهو يتفق مع الفقه الإسلامي لأنه مبني على استقراء طبيعي صحيح كما سنرى.

المصادر أسباب مولدة، والأسباب إذا تعددت يكون كل منها مستقلاً عن الآخر في توليد الأثر المسبب عنه. فكلما وجد سبب نشأ عنه الالتزام الذي يقتضيه في نظر الشرع.

٩/٣ ـ المراد من مصدر الالتزام المتقدم إنما هو السبب المباشر لا المصدر الآمر في إيجاب الالتزام، إذ تكون عندئذ جميع المصادر مردها إلى الشرع أو إلى القانون، لأنه هو الآمر بالالتزام عند وجود تلك الأسباب المباشرة.

على أن بعض شراح نظرية الالتزامات الاجنبية يذهبون إلى هذا الرأي، فيتصورون أن جميع الالتزامات يجب أن يعتبر مصدرها التشريع، إذ إليه المرجع في اعتبار الحادث مولداً للالتزام أو غير مولد[١].

لكن هذا النظر غير سديد، لأن البحث إنما هو في المصدر المباشر الذي يتولد منه الالتزام، فإن بعض الالتزامات لها أسباب طارئة هي العلة المباشرة في نشوء الالتزام، كالعقد، والإتلاف، والغصب إلخ... فاضافة الالتزام إليها أليق وأقرب، إذ موقف الشرع فيها أشبه بموقف حاكم لا منشئ.

أما الالتزامات التي لا يظهر فيها حادث مباشر تضاف إليه، فيكون إيجابها من التدابير الشرعية التي يتدخل فيها الشرع مباشرة لتحقيق مصالح يقدرها، ونظم حيوية أو اجتماعية يحميها، كنفقة الأقارب، وإيجاب الضرائب، فإنها تضاف إلى الشرع بهذا الاعتبار وإن كانت في الحقيقة تستند إلى أسباب قائمة كوجود القرابة المحرمية مع الفقر والعجز في وجوب نفقة القريب على قريبه، لأن الشرع لا يتدخل ويفرض بلا سبب.

على أنه إذا اعتبر الشرع هو المصدر العام الوحيد اختلطت أنواع المصادر المباشرة، وزالت مزية التمييز والتصنيف فيها، تلك المزية التي يمتاز بها أسلوب نظرية الالتزام العامة.

---

(١) هذا الرأي يشبه رأي من يقول من علمائنا بأن مصادر الفقه الإسلامي الأربعة ـ الكتاب والسنة والإجماع والقياس ـ يجب ردها إلى مصدر واحد وهو القرآن فقط، لأنه هو الآمر باعتبار بقية المصادر. وقد تقدم ذكره ونقده في الجزء الأول (ف٦/٦).

٤/٩ ـ الأساس المنطقي لهذا الحصر في مصادر الالتزام:

إن الأستاذ العلامة عبد الرزاق أحمد السنهوري قد أتى في كتابه «**نظرية العقد**» بتحليل ممتاز كشف به عن المستند المنطقي لتعيين مصادر الالتزام في القانون وحصرها وترتيبها. وقد بين فيه كيف تتفرع مصادر الالتزامات، بل مصادر الحقوق كلها قاطبة، من أصل منطقي واحد؛ وأوضح فيه أن هذا الحصر طبيعي عقلي مستوعب.

ونحن نلخص رأيه فيما يلي مع شيء من التصرف وضرب الأمثلة.

٥/٩ ـ الواقعة الشرعية[1]:

إن كل سبب ينشئ علاقة شرعية أو يؤثر فيها هو أمر يجدّ فيحدث تعديلاً في العلاقات البشرية القائمة قبل وجوده.

فلو تصورنا أنه قد حصل على سطح الأرض سكون وتوقف عن كل حركة أو حادث جديد أمكن أن نقول: إن جميع العلاقات تبقى حينئذ على حالها السابق دون تغير.

فإذا حدث بعد ذلك أية حركة جديدة طبيعية أو إرادية فقد يكون من شأنها أن تعدل في هذه العلاقات.

إن تلك الحركة الجديدة الواقعة إذا كان من شأنها أن تنتج أثراً شرعياً سميت: «**الواقعة الشرعية**».

إن الواقعة الشرعية إما أن تكون راجعة إلى إرادة الإنسان، أو تكون مما لا علاقة لإرادته بها.

فهبوب العواصف وانفجار البراكين قد يعتبر قوة قاهرة، أي حالة

---

(١) إننا نعبر في مباحث الفقه الإسلامي بلفظ «**الشرع**» حيثما يعبر الباحثون في نظرية الالتزامات بلفظ «**القانون**» جرياً على اصطلاح فقهائنا.
فلذا استبدلنا اسم «**الواقعة الشرعية**» باسم «**الواقعة القانونية**» الوارد في كلام الأستاذ السنهوري.

اضطرارية تعفي المكلف من بعض التزاماته المتوقفة على الإمكان، كما إذا حالت دون إمكان انتفاع المستأجر بمأجوره إذ تسقط الأجرة، أو دون قيام متعهد بتعهده في وقته فلا يضمن ضرر التأخير، أو دون قيام وديع بحفظ الوديعة فلا يقع عليه ضمان التقصير.

وقد تكون الواقعة من عمل إنسان فاقد الإرادة والأهلية كالمجنون، أو الصغير غير المميز إذا أتلف مال الغير فإنه يلزم بالضمان (التعويض).

وقد تكون من جهة إنسان ذي إرادة دون أن يكون لإرادته دخل فيها، كالميلاد، فإنه يثبت للمولود حقوقاً؛ وكالموت فإنه ينشئ للورثة أو الموصىٰ لهم حقوقاً كذلك.

فلذا يصح أن يقال بوجه عام:

ـ إن الوقائع الشرعية إما أن ترجع إلى حوادث الطبيعة أو إلى إرادة الإنسان.

ـ وما يرجع منها إلى إرادة الإنسان أكثره **أعمال مادية قد** يريد صاحبها بها أو لا يريد إحداث أثر في العلائق الشرعية القائمة. فهو يأكل ويمشي ويتحدث إلخ.. ولا يقصد إلى أثر شرعي، ولكن قد تتأثر العلائق الحقوقية دون قصد منه.

فإذا أكل شيئاً لا يملكه أصبح مسؤولاً بعوضه. وكذا إذا مشى دون حيطة فأتلف شيئاً. وإذا ذكر في أحاديثه مثالب غيره بما يعتبر جرم قذف أو قدح وذم حمل بذلك مسؤولية ضمانية أو عقابية.

ـ ومن الوقائع التي ترجع إلى إرادة الإنسان ما ليست بأعمال مادية، بل هي أعمال الإرادة، والمراد بها توجه الإرادة المحضة إلى إحداث نتائج شرعية معينة. وهذا يسمى: «**تصرفاً شرعياً**»، تمييزاً له عن الأعمال المادية.

ـ فمن هذه التصرفات الشرعية ما يرجع إلى إرادة الشخص منفرداً كالوصية والوقف، وهو التصرف الشرعي الوحيد الطرف.

ومنها ما يقترن بإرادة طرف آخر، وهو العقد.

فنستطيع إذن أن نستخلص مما تقدم ونقول: إن **الوقائع الشرعية بجميع أنواعها هي مصادر الروابط والعلائق الحقوقية.**

٩/ ٦ ـ بعدما تقدم إيضاحه يمكن تقسيم الوقائع الشرعية بالتدرج من الأعم إلى الأخص كما يلي:

أ ـ الوقائع إما طبيعية أو اختيارية.

ب ـ والوقائع الاختيارية إما أعمال مادية أو تصرفات شرعية.

ج ـ والتصرفات الشرعية إما وحيدة الطرف، أو متعددة.

والشرع من وراء كل ذلك محيط، فهو الذي يحدد الآثار التي تترتب على الوقائع والأعمال.

٩/ ٧ ـ تطبيق هذا الترتيب على مصادر الالتزام بوجه عام:

إن الوقائع الطبيعية، كالجوار والقرابة والمرض ونحوها، يرتب عليها الشرع التزامات معينة معلومة في أماكنها لاعتبارات ترجع إلى العدالة والتنظيم الاجتماعي.

لذلك يصح إسناد تلك الالتزامات إلى الشرع رأساً لتدخله المباشر فيها فيكون هو مصدرها.

أما الوقائع الاختيارية فإن أحد قسميها هو التصرفات الشرعية وهذه ـ سواء منها وحيد الطرف كالوقف، ومتعدده كالعقود المتنوعة ـ يعتبر مصدرها هو التصرف الشرعي نفسه، وإن كان الشرع هو الذي يأمر بالالتزامات التي تنشأ عنها إذ أن الشرع فيها مصدر غير مباشر، والمصدر المباشر هو التصرف ذاته[١].

---

(١) وهو سبب الالتزام في نظر الفقه الإسلامي كما تقدم (ر: ف ٩/ ١).

والقسم الثاني من الوقائع الاختيارية، وهو أفعال الإنسان المادية، نوعان:

الأول: أعمال ممنوعة تضر بالغير فتلزم بتعويض الضرر، كالتعدي على النفس أو المال. فهذا الالتزام مصدره المباشر هو العمل المادي الضار.

والثاني: أعمال مشروعة[١] تصدر من واحد فيفتقر بها من حيث يستغني غيره دون سبب مبرر. فيلتزم من اغتنى من إفقار سواه أن يرد إليه ما اغتنى به على حسابه، كمن أدى دين غيره بأمره، أو اشترى شيئاً فتبين بعد ذلك أنه ملك الغير واستُحق من يده، أو دفع ديناً يظنه على نفسه ثم تبين أنه كان بريئاً منه، حيث يرجع على الآمر في المثال الأول، وعلى البائع في المثال الثاني، وعلى الدائن القابض في المثال الثالث.

فهذا الالتزام مصدره المباشر هو العمل المادي النافع. والمصدر غير المباشر في كل من التصرفات الشرعية والأفعال المادية هو الشرع.

فبذلك تنحصر مصادر الالتزامات في الخمسة السابقة الذكر: العقد، والإرادة المنفردة، والفعل الضار، والفعل النافع، (أو الإثراء بلا سبب)، والشرع.

وتطبيقها على ترتيب الوقائع المتقدم ظاهر:

- فالعقد، والإرادة المنفردة يدخلان في التصرفات الشرعية.

- والفعل الضار، والفعل النافع يدخلان في الأفعال المادية.

- وكل من الأعمال المادية، والتصرفات الشرعية، هي وقائع اختيارية.

---

(١) يجب أن يلحظ الفرق في المعنى بين العمل الشرعي، والعمل المشروع. فالشرعي هو ما يترتب عليه حكم وأثر في نظر الشرع. فالوقائع، حتى الطبيعية منها والأعمال الممنوعة كالجرائم، تسمى شرعية بهذا الاعتبار.
أما المشروع فهو ما يسيغ الشرع فعله، ويقره.

ـ وتقابلها الوقائع الطبيعية التي تنسب مصدرية الالتزام فيها إلى الشرع[1].

(١) وأما تطبيق هذا الترتيب على مصادر الحقوق كافة بجميع أنواعها، لا الالتزامات خاصة، فيمكن تلخيصه كما يلي:
أ ـ في الحقوق العينية: أن الأسباب المعروفة شرعاً وقانوناً في اكتساب الحقوق العينية من عقد معاوضة، أو هبة، أو ميراث، أو وصية، أو إحراز، أو شفعة، أو التصاق إلخ... إذا رتبت بالترتيب المتقدم في الوقائع كان منها:
ـ وقائع طبيعية كالميراث والشفعة؛
ـ وأعمال مادية كالإحراز؛
ـ وتصرفات شرعية وحيدة الطرف كالوصية، أو متعددة الطرف كالبيوع.
ب ـ في حقوق الأسرة: إن بعض مصادر حقوق الأسرة **وقائع طبيعية** كما في النفقة والولاية. وبعضها مصدره **أعمال مادية**، كثبوت النسب، وكتأكد تمام المهر بالخلوة الزوجية بعد العقد. وبعضها مصدره **تصرفات شرعية** وحيدة الطرف كالحقوق الناشئة عن الطلاق، أو متعددة الطرف كعقد الزواج.
ج ـ في الحقوق العامة: وكذلك الروابط التي ينظمها القانون العام:
ـ بعضها يرجع إلى **الوقائع الطبيعية**، كحق من توافرت فيه شروط الانتخاب أو الترشيح.
ـ وبعضها يرجع **لأعمال مادية**، كالحقوق والالتزامات التي تنشأ بين الدول في حالة الحرب.
ـ وبعضها يرجع إلى **تصرفات قانونية** من جانب واحد، كنقل الموظف، وعمل الهيئات التشريعية في سن القوانين.
ـ وبعضها ينشأ عن **أعمال قانونية** صادرة من جانبين، كالعقود التي تبرمها الجهات الإدارية مع الأفراد.

الفصل العاشر

في التعريف بنظرية الالتزام العامة وترتيبها في الفقه الأجنبي

١/١٠ ـ عرفنا مما سبق أن الحقوق المالية أجمع تنقسم في الأصل إلى نوعين أساسيين هما: الحق الشخصي، والحق العيني. (يضاف إليهما نوع ثالث طارئ، هو حق الابتكار).

ورأينا مبنى التمييز بين الحق الشخصي والالتزام وبين الحق العيني. وهذا التمييز يرى علماء القانون أنه موجود في الفقه الروماني.

إن الفقه القانوني المنحدر عن الحقوق الرومانية في أوروبة اللاتينية وكذا التقنينات التي قامت على أساسه مستمدة من أصول رومانية، كلها ترتب أحكامها القانونية ومباحثها على أساس التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني. فهم يتخذون **الحق** نفسه أساساً للترتيب القانوني.

٢/١٠ ـ ومن ثم يقسمون القانون المدني إلى قسمين أساسيين:

أ ـ قسم أول يخصص للحقوق الشخصية وللالتزامات التي تقابلها. ويعرض في هذا القسم بترتيب خاص ما يتعلق بهذه الحقوق الشخصية والالتزامات من مباحث وأحكام.

ب ـ وقسم ثان يخصص للحقوق العينية، يعرض فيه ما يتعلق بها أيضاً من مباحث وأحكام.

وهذا القسم الثاني المتعلق بالحقوق العينية من الأحكام القانونية قد يسمى

في الاصطلاح القانوني **نظرية الأموال**، باعتبار أن العنصر البارز المنظور إليه في الحق العيني إنما هو محل هذا الحق وهو المال، لعدم وجود شخص مكلف كما في الحق الشخصي.

يتضح من ذلك أن التمييز بين الحقين الشخصي والعيني في الفقه القانوني الأجنبي هو حجر الأساس الذي تقوم عليه الصياغة الفنية العامة لذلك الفقه كله.

وهذا الترتيب في الصياغة هو الذي جرى عليه قانوننا المدني وأصله المصري الجديد، تبعاً لمصادرهما الأجنبية المستمد منها. فقد انقسمت الأحكام في كل من هذين القانونين إلى قسمين كليين أساسيين كما سبقت الإشارة إليه:

- القسم الأول في الحقوق الشخصية والالتزامات.
- والقسم الثاني في الحقوق العينية.

١٠/ ٣ ـ إن القسم الأول من القانون وهو ما يتعلق بالحقوق الشخصية والالتزامات يتضمن جانبين كبيرين من الأحكام:

الجانب الأول: تعالج فيه الأحكام العامة في الحقوق الشخصية والالتزامات، وهي الأحكام التي تخضع لها جميع تلك الحقوق والالتزامات. ويؤلف هذا الجانب من الأحكام التشريعية ما يسمى في الاصطلاح القانوني: قواعد الالتزامات، أو الأحكام العامة في الالتزامات، أو الالتزامات بوجه عام، (كما سماها قانوننا وأصله المصري الجديد) أو: **نظرية الالتزام العامة**. وهذا هو الاسم المشهور لهذه المجموعة من الأحكام العامة في لسان علماء القانون.

وفي هذه التسمية ـ كما ترى ـ تغليب لجانب الالتزام على جانب الحق، حيث قيل: «**نظرية الالتزام**» ولم يسموها: «**نظرية الحق الشخصي**»، لأن الالتزام هو المنظور إليه في الدرجة الأولى، إذ أن العنصر البارز في الحق الشخصي هو المكلف الملتزم به. فإن المقصود الأصلي من سن القوانين إنما هو تعيين المسؤول في التصرفات والوقائع وتحديد مسؤوليته.

وإذا كان التشريع قوة مجبرة فمحل الإجبار هو الملتزم.

فبناء على ذلك، إذا قيل: «نظرية الالتزامات» فهي في الوقت نفسه «نظرية الحقوق الشخصية» أيضاً.

والجانب الثاني: تعرض فيه العقود المسماة من بيع وهبة إلخ.. عقداً فعقداً بترتيب خاص، وتذكر فيه الأحكام القانونية التي ينظمها القانون لكل عقد منها، وذلك لأن الحقوق والالتزامات القانونية التي يولدها كل عقد من هذه العقود تنطوي على:

أ ـ أحكام تتماشى مع القواعد العامة المقررة في الجانب الأول المتقدم الذكر، فتكون بمثابة تطبيق لها وتذكير بها.

ب ـ وأحكام استثنائية من تلك القواعد تخرج عنها لأسباب وعلل تلحظ في طبيعة كل عقد، أو في مقتضيات التعامل والتوجيه التشريعي فيه.

هذا، ويتضح من ذلك أن نظرية الالتزام العامة، وهي من ثمرة ذلك التمييز بين الحقين الشخصي والعيني، تؤلف مع العقود المسماة شطر القانون وهو الشطر الأهم.

وتأتي هذه العقود المسماة برزخاً حاجزاً بين نظرية الالتزام العامة ونظرية الأموال (الحقوق العينية) لأن العقود تولد كلا النوعين من الحقوق: الشخصية والعينية.

١٠/ ٤ ـ ترتيب نظرية الالتزام العامة في الفقه القانوني:

ثم إن ذلك الجانب الأول الآنف الذكر ـ أي الأحكام العامة المتعلقة بالحق الشخصي والالتزام ـ المسمى بالنظرية العامة للالتزامات ينشطر البحث فيه كله إلى شطرين أساسيين:

(الشطر الأول): يبحث فيه عن **مصادر الالتزام** الخمسة المولدة له في نظر القانون وفقهه.

وهي: **العقد، والإرادة المنفردة، والفعل الضار، والإثراء بلا سبب، والقانون.**

(والشطر الثاني): يبحث فيه عن **الأحوال** التي تعتري الحقوق الشخصية والالتزامات بعد تولدها ونشوئها.

١٠/ ٥ ـ وهذا الشطر الثاني من الأحكام العامة يسمى في اصطلاح علماء القانون: **أحكام الالتزام في ذاته**، أي أحوال الالتزام مجرداً، بقطع النظر عن مصادره المولدة له. لأنها تبحث عن الأحوال التي تعتري كل التزام مهما كان مصدره، بينا أن الشطر الأول من تلك الأحكام العامة وهو المتعلق بمصادر الالتزام تبحث في كل مصدر منه الأحكام العامة الناشئة عن ذلك المصدر دون المصادر الأخرى، كأحكام المسؤولية العقدية، والمسؤولية التقصيرية.

ـ **فالأولى** (المسؤولية العقدية) ترسم حدوداً تطبق على الالتزامات التعاقدية، أي الناشئة عن عقد بين طرفي الالتزام، وهذه يبحث عنها في **نظرية العقد**، أي أحكامه العامة.

ـ **أما الثانية**: (المسؤولية التقصيرية) فترسم حدوداً تطبق على الالتزامات الناشئة عن كل فعل ضار ولو لم يكن بين صاحب الحق والملتزم عقد ما. وهذه المسؤولية يبحث عنها في **نظرية الفعل الضار**.

لذلك وزعت الأحكام العامة في الترتيب كما يلي:

أولاً: ما يتعلق بمصادر الالتزام من أحكام.

ثانياً: ما يتعلق بالأحوال التي تعتري كل التزام بعد تولده؛ مهما كان مصدره، وهو **أحكام الالتزام في ذاته**.

١٠/ ٦ ـ وأحوال الالتزام هذه، أو أحكامه في ذاته هي ما يلي:

١ ـ **آثار الالتزام**. ويبحث فيها عن تنفيذه وأنواع هذا التنفيذ (التنفيذ عيناً أو بطريق التعويض) ووسائله القانونية.

٢ ـ **الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام**. ويبحث فيها عن:

أ ـ الشروط التعاقدية التي إذا اشترطها طرفا الالتزام انحرفت بذلك

الالتزام عن حكمه الأصلي الذي كان يثبت له لولا ذلك الاشتراط.

ب ـ الأجل الذي للالتزام فيؤثر فيه نظير تأثير الشرط.

٣ ـ **انتقال الالتزام**. ويبحث فيه حوالة الحق الشخصي (أي تبدل الدائن دون المدين) وحوالة الدين (أي تبدل المدين دون الدائن).

٤ ـ **إثبات الالتزام**. ويبحث فيه عن البيانات من وثائق خطية، وشهادات، وعن الإقرار، واليمين، والقرائن، وسائر وسائل إثبات الحق.

٥ ـ **انقضاء الالتزام**. ويبحث فيه عن الحالات التي تسقط فيها الالتزامات المدنية عن الملتزم المكلف بها: إما بوفائها عيناً أو بما يقوم مقامه، وإما دون وفاء كما في حالتي الإبراء والتقادم.

هذا ترتيب نظرية الالتزام العامة في تطورها الذي انتهت إليه، ومبناها الذي تقوم عليه صياغتها الفنية الأخيرة وصياغة الفقه القانوني الذي قام حولها. وهو الترتيب الذي اتبعه قانوننا المدني وأصله المصري الجديد.

١٠/٧ ـ مزايا وعيوب ترتيب نظرية الالتزام العامة:

إن ترتيب نظرية الالتزامات هذا هو ترتيب له مزايا وفيه عيوب كشف عنها الأنظار القانونية الحديثة التي تتجه إلى ترتيب آخر ظهرت طلائعه في القانون المدني الألماني.

أ ـ مزايا هذا الترتيب:

فأما مزايا هذا الترتيب فيها فهو أنه جعل منها وحدة نظرية جامعة كشجرة تنتظم جميع فروع الأحكام العامة متفرعة من جذع واحد، هو الحق المالي، فأحد فرعيه، وهو الحق الشخصي، تتشعب مباحثه من مصادره إلى أحواله فتتكون منها مجموعة نظريات جزئية وقواعد وأحكام مترابطة تؤلف نظاماً قانونياً متماسك الأجزاء، يتابع الحق والالتزام **من ولادتهما إلى وفاتهما**، ويتجلى فيه جمال الصياغة الفنية، والإحاطة والتسلسل، بالصور التي سبق رسمها وشرحها، ولذا استحق هذا النظام اسم: **النظرية العامة**.

ب ـ عيوب هذا الترتيب:

على أن جمال هذا المظهر الفني في ترتيب النظرية العامة للالتزامات قد بدأت تظهر فيه عيوب كثيرة لدى النظر والتأمل بمقاييس منطقية جديدة، أصبح بها ترتيب هذه النظرية عرضة لتيار انتقادات قوية منذ أن ظهر الاتجاه الحديث في الترتيب القانوني الذي اعتمده واضعو القانون الألماني، وهو صياغة نظرية قانونية عامة بترتيب جديد ينطلق من النظر إلى المصدر المولد للحق والالتزام لا من النظر إلى أحوالهما، ويرد هذا المصدر إلى قسمين أساسيين هما: **التصرف القانوني، والواقعة القانونية.**

وقد أيدهم في هذا الاتجاه فريق من علماء القانون الفرنسيين كالأستاذ سالي وتلاميذه. وبذلك أصبح نجم نظرية الالتزامات مهدداً بالأفول ليحل محلها نظرية عامة تقوم على ترتيب آخر أكثر منطقية وانسجاماً منها(١).

١٠/٨ ـ والذي نراه في هذا المقام أن نظرية الالتزام العامة تقوم على أَساس من الترتيب غير سديد رغم ما فيها من جمال المظهر الفني في الصياغة.

ونقطة الانطلاق في خطأ ترتيبها فيما نرى هو أنها تتخذ الحق والالتزام أساساً للبحث والتفريع والترتيب مع أنهما ـ أي الحق والالتزام ـ أثر لمصادرهما المولدة لهما، ويأتي فيها البحث عن المصدر ـ وهو المنشئ المؤثر ـ كفرع في مباحث الحق والالتزام. وهذا خلاف ما يقتضيه الواقع الطبيعي، فإن المصدر يوجد أولاً فيستلزم وجود الحق والالتزام اللذين يأتيان نتيجة مطاوعة في نظر القانون.

فمن الواجب أن يتخذ المصدر، لا الأثر، أساساً للبحث والتفريع

---

(١) قد أوفى هذه الانتقادات حقها من البحث واوضحها الأستاذ الدكتور محمود أبو العافية في كتابه القيم الذي عنوانه: **«التصرف القانوني المجرد»** وبين أن نظرية الالتزامات أصبحت تحمل جميع جراثيم الفناء، مما يحكم معه أنها لا يؤمل لها طول البقاء، فلينظر ذلك فيه. وهو رسالة دكتوراه نالت الامتياز من جامعة القاهرة.

والترتيب، وتبنى النظرية العامة عليه، وتأتي الحقوق والالتزامات كثمرات ونتائج لأحوال المصدر؛ بعكس ترتيب نظرية الالتزامات التقليدية تماماً.

١٠/ ٩ ـ وقد كان من نتائج ذلك الترتيب التقليدي المعكوس في نظرية الالتزامات أن مباحث هامة هي من مصادر الالتزام بمقتضى طبيعتها، ولكنها تذكر في أحواله جرياً مع الترتيب التقليدي:

أ ـ من ذلك مثلاً أن حوالة الحق والدين تذكران في بحث انتقال الالتزام على أنهما حالة من أحواله؛ بينما هذه الحوالة إنما تتم بعقد، والعقد من المصادر. وبذلك اختلط بحث المصدر بالأحوال.

ب ـ ومثل ذلك يقال في بحث الشرط والأجل، فإنهما من أحوال العقد لا يتحققان إلا فيه، ولكنهما رغم ذلك يذكران في أحوال الالتزام.

ج ـ وكذلك عقد الرهن مثلاً فإنه لا يذكر مع العقود المسماة التي تعقب مباحث النظرية العامة بحجة أنه ينشئ حقاً عينياً تبعياً هو حق احتباس المال المرهون. ولذا يذكرونه في الحقوق العينية، مع أن عقد البيع ينشئ الملكية للمشتري وهي ـ أي الملكية ـ رأس الحقوق العينية وأهمها وأعمها، ورغم ذلك يذكرونه في العقود المسماة.

د ـ ثم إن كثيراً من المباحث التي تبحث في قسم الالتزامات والحقوق الشخصية هي مباحث مشتركة بين الحق الشخصي والعيني كنظرية العقد، فإن العقد ينشئ الحق العيني كما ينشئ الحق الشخصي. وهذا مبعث اضطراب في كيان نظرية الالتزامات.

١٠/ ١٠ ـ فلهذه الاعتبارات أيضاً نرى من الصواب اتجاه واضعي القانون الألماني إلى صياغة نظرية قانونية عامة بترتيب آخر لا يقوم على اتخاذ التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني أساساً لبناء النظرية ـ كما يقوم عليه بناء نظرية الالتزامات ـ، بل يتخذ مصدر الالتزام أساساً لبناء النظرية العامة، ويقسم هذا المصدر إلى قسمين أساسيين:

ـ **التصرف القانوني**، وهو تصرف الإرادات، أي العقد، والإرادة المنفردة.

ـ **والواقعة القانونية**، وهي الحادثة.

١٠/ ١١ ـ وهذا الاتجاه الجديد في الصياغة القانونية، وهو الاتجاه الذي تتوقع له السيادة محل نظرية الالتزامات، يتقرب إلى حد كبير من أسلوب الفقه الإسلامي الذي يبني صياغته كذلك من أساس مصدر الالتزام.

ولكن الفقه الإسلامي يحتاج في هذا الطريق إلى أن تجمع أجزاء النظرية العامة المتفرقة في تعليل جزئيات الأحكام فيه، ويصاغ منها قسم من الأحكام العامة للتصرفات والوقائع قبل عرض العقود المسماة. وعندئذ يتلاقى الفقه الإسلامي في صياغته مع أحدث الاتجاهات القانونية الجديدة.

١٠/ ١٢ ـ والفقه المدني الأجنبي القائم على أسس نظرية الالتزامات العامة فيه إنما تنجلي آفاقه والآراء الحقوقية لفقهائه في تلك النظريات الفرعية النابتة على جذع هذا الهيكل الإجمالي للنظرية العامة، والمتعلقة بتقرير كل نوع من أنواع الحقوق والالتزامات في موقعه المناسب من تلك النظرية العامة، كتعيين أركان العقود وشرائطها العامة وآثار العقد وانحلاله، وحدود المسؤولية العقدية، ونظرية تأثير الظروف الطارئة في تعديل العقود والالتزامات وانقضائها؛ وكالنظريات المختلفة في فروع المسؤوليات المدنية المتفرعة عن نظرية الفعل الضار، مثل نظرية التعسف في استعمال الحق، ومسؤولية عدم التمييز وحدود الضمان الذي يترتب على أفعال القاصرين؛ وكالمباحث الخاصة بعد ذلك في العقود المسماة وأحكامها مما يتعلق بكل عقد على حدة، من بيع أو إجارة أو هبة أَو إِعارة أو غيرها، إِلى آخر ما هنالك من مباحث عامة وخاصة، ومن نظريات أساسية وفرعية متشعبة النواحي، يتكون من مجموعها الفقه المدني اليوم في بلاد الغرب موزعاً على نواحي الهيكل العام لنظرية الالتزامات، كما يكسى الهيكل العظمي الإنساني لحماً وعصباً وعروقاً وربائط فيكون بشراً سوياً قائماً بوظائفه الحيوية مسدداً لها.

الفصل الحادي عشر

الفقه الإسلامي ونظرية الالتزام الأجنبية

١١/ ١ ـ موقف الفقه الإسلامي تجاه نظرية الالتزام الأجنبية.

إن فقهنا الإسلامي يتفق مع نظرية الالتزامات الأجنبية في كثير من الأسس، ويخالفها في بعض المبادئ القانونية والنظريات الفرعية بمبادئ ونظريات أخرى، أو بقيود يلقيها عليها.

فمصادر الالتزام الخمسة العامة التي أسلفنا بيانها كلها من حيث الأساس معتبرة في الفقه الإسلامي:

أ ـ فنظرية العقد قد بنيت عليها أحكام كلية وفرعية في العقود المختلفة الأنواع في الفقه الشرعي، مما تقدم تفصيله في نظرية العقود من الجزء الأول (المدخل الفقهي العام).

ب ـ ونظرية الإرادة المنفردة قد بنيت عليها في الفقه الإسلامي جميع التصرفات التي لا يوجد فيها حق لغير المتصرف، كالوقف والوصية والطلاق والإعتاق والإبراء والكفالة إلخ...

ج ـ ونظرية الفعل الضار بفروعها الواسعة تعد جزءاً من نظرية الضمانات بالتعدي أو الإتلاف أو التسبب في الفقه الإسلامي.

د ـ ونظرية الإثراء بلا سبب قد بنيت عليها في الفقه الإسلامي مسائل كثيرة من أمور الضمان، وحق الرجوع.

فمن ذلك: حق الملتقط في أن يرجع على صاحب اللقطة بما أنفقه عليها من نفقة بإذن الحاكم قبل ظهور صاحبها.

وكذا حق الشريك في الرجوع على شريكه بحصته مما أنفقه من النفقة الضرورية على العقار المشترك الذي لا يقبل القسمة.

وكذلك حكم الرهن المستعار، وهو الشي الذي يستعيره شخص من آخر لا ليستعمله، بل ليرهنه بإذن المعير لدى ثالث في مقابل قرض، ويكون ذلك غالباً بين الأصدقاء أو الأقارب أو الأزواج.

فلو تلف الرهن المستعار في يد الدائن المرتهن، أو إذا أدى المالك المعير لأجل الرهن ما على المستعير الراهن من دين ليستطيع فكاك ماله المعار المرهون، فإن المعير في الحالتين يرجع على الراهن المستعير بما أدى عنه في حالة التأدية، وبما سقط عنه من الدين في حالة تلف المرهون، لأن هذا الراهن قد أثرى على حساب معيره بلا سبب مسوغ[١].

ولا يعتبر فقهاؤنا المعير للرهن متبرعاً بما يدفعه إلى المرتهن عن ذمة المستعير الراهن بلا إذنه ـ وإن كانت القاعدة الفقهية «أن من دفع ديناً عن غيره بلا أمره يعتبر متبرعاً عنه لا يرجع بما دفع» ـ لأن المعير هنا مضطر إلى أداء الدين عن الراهن لتخليص عاريته المرهونة.

---

(١) من المقرر أن المال المرهون في يد المرتهن مضمون عليه بمقدار ما يعادل الدين المرهون فيه. وما زاد من قيمة المرهون عن الدين يكون أمانة محبوسة في يد الدائن المرتهن، لا يضمن إلا بتعدي المرتهن عليه أو تقصيره في حفظه وصيانته.
وعليه فهلاك المرهون في يد المرتهن ولو بلا تعد أو تقصير منه يسقط الدين، إلا ما زاد منه عن قيمة المرهون. فإذا كان المرهون ليس ملكاً للراهن بل مستعاراً للرهن يكون المستعير المدين قد أثرى بسقوط دينه الذي سقط بتلف مال المعير. أي أنه أثرى إثراء متولداً مباشرة من تلف مال غيره. فيضمن لذلك الغير مقدار ما سقط عنه من دينه، وإن كانت العارية في الأصل أمانة غير مضمونة بالهلاك. وهذا الحكم في الرهن المستعار الذي ينص عليها الفقهاء في كتاب الرهن والعارية وذكرته المجلة في المادة/ ٧٣٢/ منها، هو من أوضح النصوص وأدلها على اعتبار فقهائنا أن الإثراء على حساب الغير بلا سبب مشروع يعد من موجبات الالتزام والضمان، حيث تغير به حكم العارية من أمانة إلى ضمانة.
وانظر ما تقدم في الجزء الأول «**المدخل الفقهي العام**» (ف ١٦/ ٩ الحاشية ٢).

ومثل ذلك ما صرح به الفقهاء من أنه لو اشترى شخصان شيئاً فغاب أَحدهما فإن للحاضر أن يدفع كل الثمن ويتسلم المبيع، ولا يكون متبرعاً بما أدى عن ذمة شريكه من الثمن، لأنه مضطر إلى الدفع ليتمكن من قبض المبيع والانتفاع بنصيبه منه، فيحبس المبيع عن شريكه حتى يدفع إليه نصيبه من الثمن. (ر: الدرر ٢/ ١٧٩ فصل شتى البيوع).

فلو اعتبر الحاضر الدافع متبرعاً لكان الغائب مثرياً على حساب غيره بلا سبب موجب، وهو ممنوع.

نعم إن الفقه الشرعي يقيد حق رجوع المفتقر على المثري بأن لا يكون المفتقر فضولياً في عمله؛ بل يشترط أن يكون:

١ ـ إما مضطراً إلى الأداء عن المثري، كحاجة صاحب الرهن المستعار إلى فكاكه، وحاجة الشريك إلى الإنفاق على العقار المشترك غير القابل للقسمة، صيانة لما له عند امتناع شريكه عن النفقة الضرورية.

٢ ـ وإما نائباً عن المثري في الأداء أو مأموراً من قبله، كالشخص الذي يكلفه آخر بالإنفاق على ماله أو على عياله أو بوفاء دينه.

٣ ـ وإما أن يكون عرف الناس يسوغ له أن ينفق ما أنفق عن غيره بلا إذنه في حالات معينة، فيكون مأذوناً عرفاً[1].

ففي هذه الأحوال فقط ـ أي حال الاضطرار أو الوكالة والأمر ـ يستطيع المفتقر أن يرجع على المثري؛ وإلا عد في نظر فقهائنا متبرعاً لا رجوع له وإن أثرى الآخر على حسابه، كي لا يتدخل بعض الناس في شؤون بعضهم فضولاً.

هـ ـ وأما الإيجاب القانوني، وهو المصدر الخامس الأخير للوجائب والحقوق في نظرية الالتزامات، فقد بنيت على أساسه في الفقه الإسلامي جميع

---

(١) كرفيق توفي في الطريق فأنفق رفاقه عليه لتجهيزه ودفنه وجمع أمواله.

التكاليف المدنية التي يوجبها الشرع من نفسه بأوامره مباشرة، كنفقات الأقارب والزوجة، والعشر والخراج، وغير ذلك مما هو كثير.

وهذا كله لا ينافي اختلاف الأنظار التشريعية في شروط تلك النظريات، وفي التطبيقات العملية لها على أنواع المسائل والحوادث. فالعقد الذي يعتبر مستوفي الشرائط في محله أو صحته في الفقه الأجنبي قد يعد ناقصها في الفقه الإسلامي، كبيع الخمر والخنزير، وكعقد الربا.

فالربا يعتبر إثراء بلا سبب مشروع في نظر الشرع الإسلامي، ويعد إثراء بسبب مشروع في نظرية الالتزامات الأجنبية.

واختلاف الحدود التطبيقية للنظريات لا ينافي وجود النظرية واعتبارها في أصلها[1].

٢/١١ ـ والواقع أن الفقه الإسلامي أغزر وأخصب جداً من كل فقه قانوني آخر بالنظريات القانونية والأحكام في شتى الشعب الحقوقية.

فقد جاء في أصوله وفروعه بما يسد جميع نواحي نظرية الالتزام العامة

---

(١) من أمثلة هذا الاختلاف أيضاً بين الفقه الإسلامي والفقه الأجنبي في حدود بعض النظريات الفرعية المتفق على أصلها، وفي قيودها الاستثنائية، حدود تبعة هلاك الأشياء:
فمن المقرر في القانون الفرنسي ـ تبعاً للقانون الروماني ـ **«أن الشيء يهلك على مالكه»** في الالتزام بتسليم شيء معين بالذات.
ويتفرع عن ذلك أن المبيع إذا هلك في يد بائعه قضاء وقدراً قبل تسليمه إلى المشتري يتحمل المشتري تبعة هلاكه، لأنه بالشراء أصبح هو مالكه، فهلاكه يكون على حسابه.
أما في الفقه الإسلامي فهذه القاعدة مسلم بها لكن لا بصورة مطلقة، بل مقيدة.
فمالك الشيء يتحمل هو تبعة هلاكه ما لم يكن غير المالك أولى بهذا التحميل لسبب ما. بدليل أن المال المغصوب يتحمل تبعة هلاكه غاصبه لا مالكه ولو كان هلاكه عند الغاصب قضاء وقدراً دون تقصير في حفظه، بمقتضى قول الرسول عليه الصلاة والسلام: **«على اليد ما أخذت حتى تؤديه»** (ر: المدخل الفقهي ج١ ف١٠/٢ب).
وعلى هذا، فبما أن البائع ملتزم بتسليم المبيع بمقتضى عقد البيع، يكون هو أولى بتحمل تبعة هلاكه عنده إلى أن يفرغ ذمته من هذا الالتزام بتسليم المبيع إلى مشتريه تسليماً حقيقياً أو اعتبارياً.

الأجنبية ويملأ شعبها ويفيض عنها كثيراً، بكثرة ما فيه من المبادئ الحقوقية المستوعبة التي يتكون منها جسم الكيان الحقوقي المدني الذي تمثله نظريات الالتزام العامة، وإن لم يرتب ترتيبها ولم يبوب تبويبها.

حتى قال العلماء الراسخون: لا يمكن أن تقع حادثة ما ليس لها حكم في فقه الشريعة الإسلامية إيجاباً أو سلباً.

وهذه كتب الفتاوى التي تكاد لا تحصى كثرة، والتي تمثل الناحية التطبيقية من الفقه الإسلامي، قد تكفلت بالإجابة عن حكم كل ما حدث وسئل عنه.

وقد رأينا أن معنى نظرية الالتزام العامة إنما هو القواعد والأسس التي أقرها التشريع في بناء الأحكام الجزئية عليها مرتبة ومصوغة بأسلوب فني مخصوص. فقواعد كل تشريع هي نظريته العامة في أحكامه القانونية، وإن اختلف تشريع عن تشريع في بعض الأسس نفسها، أو حدودها وفروعها، أو ترتيبها وصياغتها، ولا يخرج عن ذلك إلا ما يكون من تشريع كيفي استبدادي لا يبنى على قاعدة ولا يتبع فيه مبدأ.

فالفقه الإسلامي يقوم على أساس نظرية عامة متماسكة الأجزاء بهذا المعنى. ويتجلى في كل مذهب من مذاهبه الانسجام التام في تطبيقات قواعده في شتى المسائل والفصول.

١١/ ٣ ـ ومواطن الاتفاق بين تشريعين ليس معناها دائماً أن المتأخر قد استمد أو اقتبس نظريته من المتقدم، بل كثيراً ما يكون الاتفاق نتيجة توارد النظر التشريعي واتفاقه في تقدير المصالح، ولا سيما في مبادئ الحق وقواعد العدل العامة التي لا مجال لاختلاف التفكير في أساسها، وإن اختلف في المناهج المحققة لها أو في جزئيات الأمور التي تأتي في طريقها، أو في صياغة تلك الأسس والقواعد.

والشرائع الإلهية كالشرع الإسلامي، إنما جاءت بالأحكام المدنية لتنظيم مصالح البشر أنفسهم وصيانة حقوقهم بينهم بحسب الحاجة ولم تأت في هذا

الميدان بما يعتاص على أفهامهم، ويبتعد عن الصلة بمصالحهم وضروراتهم الحيوية التي يفكرون فيها (ر: الموافقات للإمام الشاطبي ٢/٧ و ٣٠٥ وما بعدها، طبعة المطبعة الرحمانية).

ولذا نجد كثيراً من التوافق بين أحكام الشرع الإلهي وما استقر عليه التفكير السديد بين الناس.

يقول العزّ بن عبد السلام في كتابه قواعد الأحكام: «... إن الله قد فطر عباده على معرفة معظم المصالح الدنيوية ليحصلوها، وعلى معرفة معظم المفاسد الدنيوية ليتركوها.... فمعظم ما تحث عليه الطبائع قد حثت عليه الشرائع. وما اتفق على الصواب إلا أولو الألباب» (قواعد الأحكام ٢/ ٥١، طبعة دار الباز للنشر ـ مكة المكرمة).

ولا بأس هنا أن نعيد إلى الذاكرة كلمة ابن قيم الجوزية في كتابيه «أعلام الموقعين» و «الطرق الحكمية» إذ يقول:

«إن الله أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط وهو العدل الذي قامت به الأرض والسماوات. فإذا ظهرت أمارات العدل، وأسفر وجهه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه» وقد أقر الإسلام طائفة من الحقوق والقواعد والأحكام التي كانت عليها العرب في جاهليتها وإن كان قد أتى فيها بقيود وتنظيم تجلى فيه النظام التشريعي، وقضى على اضطراب العمل والتطبيق.

فمن الطبيعي أن نجد كثيراً من التوافق في الفكرة بين القواعد والأحكام التي أَقرها الاجتهاد الإسلامي في شتى نواحي الحقوق، وبين ما نجد في الشرائع الوضعية الأخرى وقوانينها مما هو ثمرة التفكير السديد، والتصور الرشيد، والتمييز الصحيح؛ كما رأينا في الأمثلة التي أوردناها آنفاً من فقهنا في التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي في الخصائص والأحكام.

وقد قال الأستاذ العلامة السنهوري في هذا الصدد ما نصه:

«ولقد لفت نظرنا أن هناك بعض نظريات أساسية نرى فيها الشريعة الإسلامية تختلف اختلافاً واضحاً عن القانون الروماني والقوانين التي اشتقت

منه... ولا تختلف شريعة عن أخرى فيما يتصل بجوهر الفكرة[1] فإن هذا الجوهر واحد في كل القوانين وقد يرجع ذلك إلى شيء من الوحدة في التفكير البشري، وشيء من التماثل في النظم والحضارة الإنسانية. وإنما تختلف الشرائع باختلاف الصياغة الفنية التي تتخصص بها كل شريعة تكون مستقلة في نمائها وتطورها. فتقسيم الحقوق إلى عينية وشخصية إنما هو ضرب من الصياغة الفنية تستعين به الشرائع على تقرير المبادئ القانونية. وفي هذا يظهر الفرق بين قانون وقانون» اهـ (نظرية العقد ص/٦).

١١/ ٤ ـ هذا وإن الاختلاف البين بين فقه الشريعة الإسلامية ونظرية الالتزامات العامة بشكلها اليوم في التشريع الوضعي الحديث إنما هو في الصياغة والشكل، وفي بعض النظريات الفرعية والأحكام الجزئية أكثر منه في الجوهر والأصل.

فنظرية الالتزامات قد انشئ فيها البحث مبتدئاً من فكرة الحق والالتزام، إلى حصر وترتيب مصادره المولدة له، وهي تصرفات الإنسان المختلفة من قولية وفعلية وما حولها من أحكام عامة، ثم إلى الأحوال المختلفة التي تعتري تلك الحقوق والالتزامات وما يترتب عليها. وتلك الأحكام القانونية مرتب كل منها في نطاق المصدر أو الحالة المتفرع منها. وبذلك تجلت في أسلوب نظرية الالتزام المباحث الكلية أكثر من الجزئية، وكان في نظرياتها المتفرعة تجرد وعموم نشأ عن طريقة تقرير وترتيب المبادئ العامة والانتقال منها إلى فروع الأحكام.

---

(١) هذا غير مسلم به، فإن حق الدائن في قتل المدين المعدم في الشرع الروماني مثلاً لا يتفق في جوهر الفكرة التشريعية مع ما جاءت به الشريعة الإسلامية من وجوب إنظار المعسر الذي أعلنه القرآن العظيم بقوله: ﴿**وإن كان ذو عسرة فنظِرة إلى ميسَرة**﴾ [الآية ٢٨٠ من سورة البقرة]. وكذا مبدأ الشكليات والمراسم في العقود عند الرومانيين بالنسبة إلى مبدأ الرضائية المطلقة في عقد العقود في الشريعة الإسلامية، إلى غير ذلك من الاختلافات الجوهرية التي توجد بين الشرائع.

أما تدوين الفقه الإسلامي وترتيبه فقد سار بعكس هذا الاتجاه كما سلفت الإشارة إليه، إذ عالج رأساً تصرفات الإنسان الجزئية المولدة للحقوق والالتزامات، وبحث مباشرة في فروع تلك التصرفات قولية وفعلية، من بيع وإجارة ورهن وشركة وغصب وإتلاف.. إلخ وفصل الأحكام على الحوادث بهذا الأسلوب والترتيب، ونثر المبادئ العامة والعلل خلال بحث جزئيات الأحكام[١].

(١) الذي نراه في تعليل اختيار هذا الأسلوب الفروعي في تدوين الفقه الإسلامي، أن الفقه إنما بدأ تدوينه بجمع الحوادث التي نقلت فيها أقضية الرسول ﷺ وفتاواه، ثم ما كان من ذلك عن الصحابة الكرام. وكانت طريقة رجال الحديث في هذا الجمع أن يعقدوا أبواباً للتصرفات والأفعال كالبيع والهبة والإجارة والشركة والغصب والإكراه إلخ... فيضعوا كل حادثة منقولة في بابها الخاص.
ثم ابتدأ تدوين الاجتهادات عن طريق الفتيا، أي تسجيل رأي المجتهد فيما يسأل عنه.
ولما جاءت الطبقات التي دونت الفقه على أساس علمي مستقل وجدت هذا الأسلوب الفروعي أمراً واقعاً فجرت عليه.

الباب الثالث

في الأشكال



الفصل الثاني عشر

حقيقة المال بالنظرين الفقهي والقانوني

أولاً: المال بالنظر الفقهي

تعريف المال ونقده ـ عناصر المالية ـ التعريف الصحيح ـ نتيجة اعتبار المال.

١٢/١ ـ تعريف المال:

عرف فقهاؤنا المال بأنه:

«ما يميل إليه طبع الإنسان، ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة» (رد المحتار أوائل البيوع).

ومنهم من عرفه بأنه:

«ما يميل إليه الطبع، ويجري فيه البذل والمنع» (الدر المختار، والدرر شرح الغرر أوائل البيع الفاسد).

وقد جرت المجلة في المادة /١٢٦/ على التعريف الأول.

والتقييد بإمكان الادخار هو لإخراج المنفعة لأنها عند فقهاء الحنفية من قبيل الملك لا المال كما سيأتي.

وقد فرقوا بين المال والملك، أي الشيء المملوك، تفريقاً يستند إلى:

ـ أنَّ الملك هو ما من شأنه أن يتصرف فيه بوجه الاختصاص فيشمل المنفعة.

ـ والمال هو ما من شأنه أن يدخر للانتفاع وقت الحاجة. (التلويح بحث القضاء والأداء).

٢/١٢ ـ نقد هذه التعاريف:

وفي رأينا أن كلا التعريفين للمال غير قويم لأسباب نذكر منها ما يلي:

١ ـ إن طباع الناس تختلف في ميلها وتتناقض، فلا تصلح أن تكون أساساً ومقياساً لتمييز المال من غير المال. وإذا قيل إن المراد هو الطبع السليم العام، فإن هذا ليس له حد أيضاً.

٢ ـ إن من المال أنواعاً لا يمكن ادخارها كالخضروات والثمار الطازجة، مع أنها أموال هامة بين الناس، كما أن من الأموال ما ليس يميل إليه الطبع بل يعافه كالأدوية الكريهة، وهي أموال ثمينة لا يشملها التعريف، إلا أن يراد بالميل ميل الإرادة لا الطبع حتى يشمل الحرص والتقدير لفائدة ما.

وعلى كل نرى أن لفظ «**الميل**» إنما يصلح أن يذكر في مقام بيان الاشتقاق اللغوي للفظ المال لا لبيان مفهوم فقهي مضبوط.

٣ ـ إن المباحات الطبيعية جميعاً قبل إحرازها قد عدوها أموالاً في ذاتها كالسمك في الماء، والطير في الهواء، والوحش في البراري، والشجر في الغابات إلخ... وعدم ملكيتها لا ينافي ماليتها.

ومن هذه المباحات ما لا يمكن إدخاره إلى وقت الحاجة لعدم القدرة عليه قبل الإحراز، كالصيد بأنواعه، ولا يجري فيه أيضاً البذل والمنع لأنهما إنما يكونان بعد الإحراز والملك.

٤ ـ إن الثمار المأكولة في بدء انعقادها على الشجر قبل صلاحها ونضجها لا يميل الطبع إليها وهي في هذا الطور، ولا يمكن ادخارها إلى وقت الحاجة لأنها لا يحتاج إليها بهذه الصفة، ولو قطعت وادخرت كانت عديمة الفائدة. فلا يشملها التعريف المذكور مع أنها أموال يتغالى بقيمتها في هذه الحال باعتبار المآل ويصح بيعها (م/٢٠٦).

فهذه التعاريف غامضة غير واضحة، ولا جامعة.

١٢/ ٣ ـ والتعريف الصحيح يمكن أن يستنبط من مجموع ما ذكره الفقهاء عن المال وخصائصه في مختلف المناسبات. فقد قالوا:

١ ـ إن المال اسم لغير الآدمي، مما خلق لمصالح الآدمي وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار (البحر الرائق عن الحاوي القدسي).

٢ ـ إن المالية تثبت بتمول **الناس كافة أو بعضهم** (رد المحتار من أوائل البيوع).

٣ ـ ما ليس يعد مالاً **بين الناس** فبيعه باطل (المجلة/ ٢١٠).

٤ ـ إن المال، كما صرح به أهل الأصول، «هو ما يتمول، أي يدخر للحاجة، وهو **خاص بالأعيان، فخرج به تمليك المنافع**»[1] (رد المحتار في أول كتاب الزكاة عند تعريفها).

٥ ـ إن ما لا يتموله الناس لا يكون مالاً وإن كان مباحاً، كالحبة الواحدة من القمح (رد المحتار أيضاً).

٦ ـ إن المال يجب أن يكون **ذا وجود خارجي**، فلا يشمل **المنافع** لعدم إمكان ذلك فيها (رد المحتار مع بعض إيضاح، أول البيع الفاسد).

فمن هذه النصوص الفقهية يتبين أن فقهاء المذهب الحنفي يوجبون في المال أن يكون **شيئاً مادياً**.

---

(١) على أن الفقهاء قد يفسرون المال بما يشمل المنفعة في بعض المواطن، فقد جاء في بيان شرائط الموصىٰ به من «البدائع» ٧/ ٣٥٢ ما نصه: «**منها أن يكون مالاً... وأن يكون مالاً متقوماً... سواء أكان المال عيناً أو منفعة عند العلماء كافة**».
وقال أيضاً في أول فصل بيان حكم الوصية ص٣٨٥ ما نصه:
«**أما الوصية بالمال فحكمها ثبوت الملك في المال الموصى به للموصى له، والمال قد يكون عيناً وقد يكون منفعة**».
ومرجع هذا في الحقيقة إلى ما صرح به في البدائع في بحث الموصى به:
«**إن الوصية إيجاب الملك، ومحل الملك هو المال**» فيطلقون المال في الوصية على ما يشمل المنافع.

فكما يخرجون المنافع من معنى المالية، يخرجون أيضاً الحقوق المحضة كحق التعلي، وحق الأخذ بالشفعة، وحق المرور، والشرب، والمسيل.

حتى إنهم لا يعتبرون الديون في الذمم أموالاً لأنها ما دامت في الذمم فهي **أوصاف** شاغلة لها، ولا يتصور قبضها حقيقة وإنما يقبض ما يعادلها. فإذا وفيت الديون كان المقبوض مالاً لصاحبه، ولذا لا يوجبون الزكاة في الديون قبل قبضها.

وإذا حلف إنسان أنه لا مال له، ولم يكن له إلا ديون، لا يعتبر حانثاً في يمينه سواء أكان مدينه مفلساً أو غنياً مليئاً (ر: الدر المختار كتاب الأيمان ٣/١٣٨).

١٢/ ٤ ـ عناصر المالية:

يستخلص مما تقدم أن المالية في نظر الفقهاء الحنفية ترتكز على أساسين، وتقوم بعنصرين هما: **العينية، والعرف**.

ـ والعينية يراد بها أن يكون المال شيئاً مادياً ذا وجود خارجي.

ـ والعرف أن يعتاد الناس كلهم أو بعضهم تموله وصيانته بحيث يجري فيه بذل ومنع، فما لا يجري فيه ذلك بين الناس لا يعتبر مالاً ولو كان عيناً مادية، كالإنسان الحر، وحبة القمح، وكسرة الخبز، وحفنة التراب، والجيفة.

وكذلك ما يعتاد الناس تموله وصيانته، ويجري فيه البذل والمنع لكنه ليس عيناً مادية، فإنه لا يعتبر في نظرهم مالاً، بل قد يكون ملكاً أو حقاً، كالمنافع، والحقوق المحضة، والديون.

وغني عن البيان أن عنصر العرف يستلزم القيمة، إذ لا يعتاد الناس هذا الاعتبار والصيانة في شيء بحيث يحمى تارة ويبذل أخرى إلا لمنفعة[1] مادية

---

(١) في فصل المعقود عليه من كتاب البيوع من البدائع (٥/١٤٣) في صدد مناقشة الاجتهاد الشافعي بعدم تجويزه بيع سباع الحيوان كالكلب والفهد والأسد، ما نصه:
«ولنا ـ أي دليلنا ـ أن الكلب مال فكان محلاً للبيع كالصقر والبازي. والدليل على أنه =

أو معنوية يقدرونها فيه، فتتوجه إليه الرغبات. وإن الرغبات يبذل في سبيل تحقيقها وتحصيلها أعواض مادية، وهذه هي **القيمة المادية** بالمعنى الاقتصادي العام.

١٢/ ٥ ـ التعريف الصحيح للمال:

فمما تقدم نستطيع أن نعرف المال في نظر فقهاء المذهب الحنفي[١] بالتعريف التالي:

المال هو كل عين ذات قيمة مادية بين الناس.

ـ فبالعين خرجت المنافع والحقوق المحضة، مما عدوه ملكاً لا مالاً.

ـ وبالقيمة المادية خرجت الأعيان التي لا قيمة لها بين الناس مما تقدم بيانه، كحبة القمح، والجيفة إلخ...

على أن حبة القمح أو الرز وأمثالها إنما لا تعتبر مالاً في حالتها الطبيعية، أما إذا دخلتها صنعة مثلاً، كما يكتبه مهرة الخطاطين على حبة قمح أو رز من أبيات شعر أو حكم أو آيات قرآنية تجعل لها قيمة فنية أو دينية، فإنها عندئذ قد تصبح من أنفس الأموال، وكمثل بعض الآثار التي قد يحرص الناس على اقتنائها للذكرى مما ليس له قيمة في ذاته، ولكنه أصبح ذا قيمة بنسبته، كفضلة قلم أحد العلماء المشاهير، أو توقيعه، أو مسودة بخط أحد العظماء، ونحو ذلك مما يدخل في زمرة الآثار.

وقد أطلنا بعض الشيء في تحقيق هذا الموضوع لأنه يكاد يكون مهملاً

= **مال أنه منتفع به حقيقة، مباح الانتفاع به شرعاً ـ بالحراسة والاصطياد ـ على الاطلاق، فكان مالاً» إلخ..**

فقد اعتبر كونه ذا منفعة حقيقية ومشروعة دليل المالية.

ولكن سنرى أن مشروعية الانتفاع ليست شرطاً لتحقيق أصل المالية، بل هي شرط لكون المال **متقوماً**، وهذا التقوم من شرائط انعقاد البيع.

(١) أما عند غير الحنفية كالشافعية مثلاً فإن المالية أوسع نطاقاً، إذ أنها تشمل المنافع، كما سنرى في الفصل العشرين المخصص لبحث العين والمنفعة.

في كتب الفقه، والمذكور فيها وفي المجلة عن مفهوم المال مقتضب مشتت وغير محكم.

٦/١٢ ـ النتيجة العملية لاعتبار المالية وعدمها:

ولتمييز المال عن غير المال نتائج عملية ذات بال في أحكام الفقه المدنية.

أ ـ فما ليس مالاً ولا ملكاً، كالهواء والجيفة والإنسان الحر، لا تعتبر فيه ملكية ولا تنعقد عليه العقود أصلاً من معاوضة أو تمليك، كالبيع والإجارة والهبة (المجلة/ ٢١٠).

ب ـ وأما ما لا يعتبر مالاً لكنه يعتبر ملكاً، فالمنافع، والحقوق، فإن النظرية الفقهية فيه تختلف في كل موضوع عن الآخر بحسب ما يلحظ من القابليات فيه:

فالمنافع مطلقاً، سواء أكانت منافع إنسان أو حيوان أو أشياء، تقبل عقود تمليك المنافع بعوض أو بغير عوض، كالإجارة والإعارة والوصية بالمنفعة.

وأما الحقوق المحضة، كحق المدعي في تحليف خصمه اليمين فإنها لا تكون محلاً صالحاً للتعاقد بها أو عليها في العقود التي يجب أن يكون محلها مالاً، أَو منفعة كالبيع والقسمة والإجارة مثلاً، لأن البيع موضوعه مبادلة مال بمال، والقسمة موضوعها إفراز الحصص الشائعة ومبادلة بعضها ببعض. فعقد البيع يجب أن يكون محله مالاً، وليس حقاً مجرداً. وكذا القسمة والإجارة يجب أن يكون محلهما مالاً أو منفعة.

وهذه الحقوق المجردة يجوز أن يقع عليها عقد الصلح إذا كانت هي محل النزاع المصالح عنه، ولا يجوز أن تكون هي بدل الصلح لأن البدل الذي يدفع في عقد الصلح لحسم النزاع يجب أن يكون مالاً. أما الحق المصالح عنه فلا يجب أن يكون مالاً، لأن كل ما يمكن فيه النزاع والخصومة يمكن أن يكون محلاً مصالحاً عنه، إذ الغاية التي شرع طريق الصلح العقدي لأجلها إنما هي حسم النزاع، وهذه الحقوق المجردة يجري فيها النزاع.

لذلك جاز الصلح عن طلب اليمين على بدل مالي يدفعه المدعى عليه إلى المدعي لقاء الخلاص من الحَلِف (م/ ١٥٥٥).

على أنهم قد استثنوا بعض الحقوق اعتبروها غير قابلة للاعتياض عنها، كحق الشفعة وحق المكفول له في الكفالة بالنفس لا بالمال، فلا يصح الصلح عنها على بدل؛ ولو صولح عنها سقط الحق ولم يستحق البدل (ر: الدر المختار أيضاً)؛ فقد لحظوا أن الشفعة نوع سلطة شرعت لتنظيم الملكية العقارية ودفع سوء الجوار؛ وهذا لا يحصل إلا باستعمال الحق نفسه، ولم تشرع الشفعة للاسترباح والاستغلال، فليس لصاحب الحق إلا استعماله أو تركه.

على أن حق طلب اليمين يقبل الاعتياض، كما تقدم، ولو كان في دعوى شفعة (المجلة/ ١٥٥٥).

ثانياً: المال بالنظر القانوني

١٢/ ٧ ـ إن النظرة القانونية الحديثة إلى المال ومفهومه تختلف عن نظرة المجلة من زاوية المذهب الحنفي التي أوضحناها آنفاً.

فالقانون يتجه إلى اعتبار كل ما يتعارف الناس تداوله والاعتياض عنه داخلاً في معنى المال، وتنعقد عليه العقود المختلفة.

هذا ما وردت عليه المادة/ ٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية السابق لدينا، فقد قالت الفقرة الثانية من نصها المعدل:

«إن كل ما كان مالاً متقوماً يجوز أن يكون معقوداً عليه، فالأعيان والمنافع والحقوق مما كان تداوله متعارفاً على الإطلاق هي في حكم المال المتقوم».

وهذا هو أيضاً مقتضى نصوص القانون المدني الجديد، فإن نظرته في المالية والتقوم تتفق مع مدلول المادة/ ٦٤/ من أصول المحاكمات التي كانت هي النافذة لدينا في سورية.

وهذا النظر القانوني قد اتفق مع المذهب الحنفي من الفقه الإسلامي في **عنصر العرف** من عنصري المال، واختلف معه في **عنصر العينية** فلم يشترطه.

وعليه قد أصبح مما يدخل في زمرة الأموال جميع الحقوق المجردة، كحق الامتياز، وحق استعمال عناوين المحلات التجارية، وحقوق الابتكار (الملكية الصناعية والأدبية للمخترعين والمؤلفين) فكل ذلك ونحوه أصبح بالقانون في حكم الأموال يقبل عقود المعاوضات بيعاً وشراء وغيرهما. والداعي إلى ذلك تطور الحاجة الزمنية والأساليب الاقتصادية.

٨/١٢ ـ وقد جاء في القانون المدني العراقي تعريف المال بأنه: «**المال هو كل حق له قيمة مادية**».

وهذا التعريف قد قلب الموضوع رأساً على عقب، فجعل عاليه سافله، فإنه قد قصر مفهوم المال على الحقوق فأخرج بذلك الأعيان من حيز الأموال نظراً إلى أن الأعيان إنما ماليتها باعتبار ما فيها من حقوق لأصحابها فتدخل في زمرة الحقوق.

ولكن هذا تكلف، فإن الأعيان أموال في ذاتها وإن لم تقع تحت الملكيات الفردية والحقوق الخاصة، فيرد على هذا التأويل الأعيان التي هي من المباحات غير المحرزة، كصيد البر والبحر والجو، وكالشجر والحطب والعشب المباح إلخ... فإنها أعيان مالية لم تدخل في ملك شخص ولم تقع تحت حق أحد، فتبقى خارجة عن معنى المال، بمقتضى نص القانون المدني العراقي، بينما يشملها صنيع المادة /٦٤/ من قانون الأصول الحقوقية السابق لدينا فهي أحكم دلالة وشمولاً.

وقد كان المناسب في مشروع القانون العراقي أن يقال في تعريف المال: «**هو كل عين أو حق ذي قيمة مادية**» فتجتمع فيه عندئذ مزية حسن الدلالة والشمول إلى جانب الاختصار.

❀ ❀ ❀

ثالثاً: تقسيم المال ونتائجه الفقهية

٩/١٢ ـ تمهيد للفصول ١٣ ـ ٢٣ التالية:

المال بمعناه العام الذي رأيناه ينقسم في نظر الفقه الإسلامي باعتبارات مختلفة، إلى أقسام عديدة يفترق بعضها عن بعض في أوصافها وطبيعتها، وقابلياتها، وتختلف تبعاً لذلك الأحكام المدنية التي تتعلق بها.

والنظر الفقهي في تقسيم المال بهذا الاعتبار ينتهي بالباحث إلى عشرة أنواع أساسية:

الأول: المال المتقوم وغير المتقوم.

الثاني: المال المثلي والقيمي.

الثالث: المال الاستهلاكي والاستعمالي.

الرابع: المال المنقول وغير المنقول.

الخامس: العين والدين.

السادس: العين والمنفعة.

السابع: المال المملوك والمباح والمحجور.

الثامن: المال القابل للقسمة وغير القابل.

التاسع: الأصول والثمرات.

العاشر: المال الخاص والعام.

وسنتولى في الفصول التالية بيان كل نوع، وخصائصه وما يترتب عليها من أحكام.

الفصل الثالث عشر

في المال المتقوّم وغير المتقوّم

معنى التقوم وعدمه شرعاً ـ ونتائجه
ـ معناه قانوناً.

١٣/ ١ ـ ينقسم المال أولاً في الفقه الإسلامي إلى قسمين: **مال متقوم، ومال غير متقوم.**

والمتقوم في هذا المقام ليس معناه ما له قيمة بين الناس، بل معناه في اصطلاح الفقهاء: ما يباح الانتفاع به شرعاً. وغير المتقوم ما لا يباح الانتفاع به شرعاً (المجلة/ ١٢٧ والدرر، والدر المختار في البيع الفاسد) كالخمر والخنزير، وكالحيوان المأكول إذا خنق خنقاً أو وُقِذ وَقْذاً[١] دون أن يذبح بالطريقة المشروعة، فكل ذلك مال غير متقوم بالنسبة إلى المسلم، بحيث لو كان مالكه مسلماً فأتلفه أحد لا يكون مضموناً على متلفه.

وعدم التقوم لا ينافي الملكية فقد تثبت الملكية للمسلم على مال غير متقوم، كما لو تخمر العصير عنده، أو أسلم وعنده خمر أو خنزير، أو ورثهما منه وارثه، أو اصطاد الخنزير. ذلك لأن الملكية تثبت على المال، والمالية ثابتة في غير المتقوم.

ولكن عدم التقوم ينافي ورود العقود من المسلم على المال غير المتقوم. فسبيل الخمر مثلاً إذا ملكها المسلم أن يريقها أو يخللها، وسبيل الخنزير أن يسيبه (ر: رد المحتار في البيع الفاسد ٤/ ١٢٠، والدرر أول البيع الفاسد ٢/ ١٧٤).

---

(١) الوقْذ ضرب الحيوان بشيء ثقيل على رأسه حتى يسترخي ويموت (المصباح).

هذا ولا تلازم بين التقوم بهذا المعنى وبين المالية، فقد يكون الشيء **متقوماً** أي مباح الانتفاع، ولا يكون **مالاً** لفقدان أحد عناصر المالية المتقدمة. وذلك كالحبة من القمح، والكسرة الصغيرة من فتات الخبز، والتراب المبتذل. (ر: الدرر أول البيع الفاسد).

وقد يراد أحياناً بالمتقوم معنى المال المحرز: فالسمك في البحر مثلاً غير متقوم بهذا المعنى؛ فإذا أصطيد صار متقوماً بالإحراز (المجلة/ ١٢٧).

وقد يستعملون «**المتقوِم**» بمعنى «**ذي القيمة**» نظير الاصطلاح القانوني تماماً كقولهم: «إن المنافع ليست متقومة في ذاتها عندنا، وإنما تقوم بعقد الإجارة للحاجة (ر: الهداية، فصل من غصب عيناً فغيبها).

وأما «المقوَّم» (بصيغة المفعول من التقويم) فمعناه ذو القيمة قولاً واحداً. ففرق في الاستعمال بين تقوم المال وتقويمه.

والأصل في الأموال جميعاً أن تكون متقومة، أي مباحة الانتفاع ومحلاً صالحاً للعقود. فقد قرر علماء الشريعة قاعدة «**أن الأصل في الأشياء الإباحة**»، وإنما التحريم حالة استثنائية تتوقف على ورود النص.

وأساس ذلك قوله تعالى: ﴿خَلَقَ لَكُم مَّا فِي ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾... الآية (البقرة ٢/ ٢٩) فأصبحت الحرمة استثنائية محتاجة إلى نص أو دليل خاص.

وقد وردت نصوص متتالية في الكتاب والسنة ببيان المحرمات من الأشياء كقوله تعالى:

﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُۥ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ﴾... الآية (الأنعام ٦/ ١٤٥).

وقوله: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ وَٱلْمُنْخَنِقَةُ وَٱلْمَوْقُوذَةُ وَٱلْمُتَرَدِّيَةُ وَٱلنَّطِيحَةُ وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى ٱلنُّصُبِ وَأَن تَسْتَقْسِمُوا۟ بِٱلْأَزْلَٰمِ﴾... الآية (المائدة ٥/ ٣).

١٣/ ٢ ـ ثمرة اعتبار التقوم وعدمه:

اتضح من خلال البحث أن لاعتبار التقوم وعدمه في المال نتائج هامة في العقود وغيرها:

أ ـ ففي جميع العقود التي ترد على المال، كالبيع والهبة والإجارة والإعارة والرهن والوصية والشركة إلخ.. يشترط لانعقاد العقد أن يكون المال متقوماً؛ فإن لم يكن متقوماً بطل العقد.

على أنهم في البيع قد فرقوا بين كون المال غير المتقوم مبيعاً أو ثمناً:

١ ـ فإذا كان مبيعاً، كما لو باع المسلم خمراً، فالبيع باطل.

٢ ـ وإذا وقع ثمناً، كما لو باع شيئاً بمقدار من الخمر، فالبيع منعقد لكنه فاسد.

والعلة في ذلك عندهم هي أن المقصود بالذات في عقد البيع هو المبيع، فتقومه شريطة انعقاد. أما الثمن فهو وسيلة لا يقصد لذاته، فتقومه شريطة صحة لا انعقاد (ر: رد المحتار، البيع الفاسد).

ب ـ وفي الإتلاف إذا أتلف الإنسان مالاً غير متقوم كالخمر والخنزير لمالكه المسلم لا يضمنه، لأنه لا يباح الانتفاع به شرعاً فلا قيمة له.

أما بالنسبة إلى غير المسلم من الذميين الذين يدينون بإباحته فهو من أموالهم المحترمة في نظر الشرع. فلو أتلف المسلم أو غيره خمر النصراني أو خنزيره أو غنمته الموقوذة أو المنخنقة كان ضامناً.

وكذلك تنعقد عليه عقودهم وتصح دون عقود المسلم.

١٣/ ٣ ـ التقوم بالنظر القانوني:

رأينا في الفقرة /٧٥/ أن المادة/ ٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية السابق لدينا، ثم نصوص القانون المدني بعدها قد اعتبرت أن كل مال «**متقوم**» هو قابل لأن يكون معقوداً عليه، وأن كل ما كان تداوله متعارفاً من أعيان أو منافع أو حقوق هو في حكم المال «**المتقوم**».

فما المراد بالمتقوم في هذه المادة؟

لا شك أنه ليس المراد بها منه المعنى الشرعي وهو ما يباح الانتفاع به شرعاً، وإنما المراد بالمتقوم فيها: **ما كان ذا قيمة بين الناس.** لأن هذه المادة قد جاءت لتوسع في معنى المال وشموله، وتجعل مفهومه مدنياً بحتاً لا علاقة فيه للحل والحرمة.

فالخمر والخنزير بمقتضى هذه المادة قد اعتبرا أموالاً متقومة تصح العقود عليها بين المسلمين وغير المسلمين.

وقد أطلقت هذه المادة الأعيان واعتبرتها بمجرد التعارف على تداولها مالاً متقوماً، فشملت الأعيان المحرمة والمحللة شرعاً.

ولا يعقل أن يكون واضعوها قد أرادوا اعتبار التداول من أسباب حل الانتفاع شرعاً، إذ ليس غرضهم التحليل والتحريم، وليس لفكرة الحلال والحرام موضع ولا متسع في القانون الوضعي، وإنما امتاز بهذه الفكرة الدينية الفقه الإسلامي الذي جعل منها رقيباً روحياً مهيمناً يرافق الأحكام المدنية، ويمنع بقدر الإمكان طغيان الظاهر على الواقع، فأسس حكم الديانة وحكم القضاء كما أوضحناه في مقدمة الجزء الأول.

فواضعو المادة/ ٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية إنما أرادوا اعتبار التداول من أسباب انعقاد العقد وصحته مدنياً.

فالتقوم في كلامهم إنما هو التقوم بالمعنى المدني، وهو كون الشيء ذا قيمة، وليس بالمعنى الشرعي.

٤/١٣ ـ عدم التقوم قانوناً:

وهنا محل للتساؤل: هل فكرة **عدم التقوم** معدومة في القانون، أو هي موجودة فيه أيضاً ولكنها فيه تقع على نوع آخر من الأموال؟

لا شك أن فكرة عدم التقوم موجودة في القانون أيضاً وإن لم تسم هذه التسمية، ولا يعقل أن يخلو عنها التشريع الوضعي ما دام يمنع تداول بعض الأشياء الضارة ويهدر احترامها، وهو المعنى الذي تستند إليه فكرة **عدم التقوم** شرعاً، وإن اختلف النظر القانوني عن الشرعي في نوعية المال غير المتقوم لا في أصل الفكرة.

فغير المتقوم في نظر القانون هو المال الذي يمنع القانون اقتناءه وتداوله، كالحشيش والأفيون وغيرهما من المخدرات الممنوعة، وكالمواد الحربية المتفجرة.

فإن كل ذلك ممنوع على العامة إِلا في حالات استثنائية لأغراض مشروعة كالتطبيب، ولأُناس مخصوصين.

يقول الأستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة:

«وتقسيم المال في الشريعة إلى متقوم وغير متقوم له نظير في القانون، لأن من الأموال ما يحرم قانون العقوبات اقتناءها وإحرازها، ويعد إحرازها جريمة إلا في أحوال استثنائية، وهي المواد المحرم تناولها، وكل من استولى عليها في غير أحوالها الاسثنائية بأي طريق من طرق الاستيلاء لا تحترم يده، ومن أتلفها في هذه الحال لا عقوبة عليه؛ فهي مهدرة المالية لمن وضع يده عليها بغير مسوغ من القانون.

فهذا النوع من الأموال نعتبره نظير المال غير المتقوم في الشريعة مقارباً له في المعنى، لأن قانون العقوبات لم يحترم ملكيتها في هذه الحال، فكأنه سلبها قيمتها من محرزها.

ولا يكتفي القانون في سبيل التحريم بإهدار ماليتها ممن ملكها، بل يجعلها سبباً في العقاب الأليم ينزل به، والغرم المالي يبهظه.

ومهما يكن من فوارق في الاعتبار بين نظر الشريعة للأموال المحرمة فيها

ونظر القانون لها فلا شك أنه يسوغ لنا أن نصف المواد المحرمة بأنها مال غير متقوم في يد من يستولي عليها من غير مسوغ قانوني للاستيلاء» اهـ.

(نظرية الملكية والعقد في الشريعة الإسلامية للأستاذ المشار إليه، ف/ ٤).

الفصل الرابع عشر

في المال المثلي والقيمي

النظرية الفقهية في قيمية الأموال ومثليتها ـ حصر الأموال المثلية ـ انقلاب المثلي إلى قيمي وبالعكس ـ نتائج التمييز بين القيمي والمثلي ـ مزايا النقدين ـ نظرية عدم تعيين النقود في العقود.

١٤/ ١ ـ وينقسم المال من جهة ثانية عند الفقهاء إلى قسمين أساسيين، وهما: المال المثلي، والمال القيمي.

أ ـ فالمثلي: هو ما تماثلت آحاده أو أجزاؤه بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض دون فرق يعتد به.

ب ـ والقيمي: ما تفاوتت أفراده فلا يقوم بعضه مقام بعض بلا فرق.

وقد عرفت المجلة المثلي بأنه «ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت. والقيمي ما لا يوجد له مثل في السوق، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة» (م١٤٥م ١٤٦).

وقد عددت المادة /١١١٩/ منها أنواع الأموال المثلية، فحصرتها في أربعة أنواع: **المكيلات، والموزونات، والعدديات المتقاربة، وبعض أنواع الذرعيات**، وميزت بعض التمييز بينها وبين الأموال القيمية.

١٤/ ٢ ـ إيضاح النظرية الفقهية في قيمية الأموال ومثليتها:

ـ والمال تارة يكون النوع أو الصنف منه تتفاوت آحاده بحيث يكون لكل

فرد منها اعتبار خاص وقيمة له تختلف عما للفرد الآخر، وذلك كأفراد الحيوان ولو من نوع واحد، وكالطنافس، والأراضي، والشجر، والدور، والحوانيت إلخ. . .

- وتارة لا تتفاوت آحاده ولا أجزاؤه، بحيث إن كل كمية منه إذا ساوت سواها قدراً في **الصنف الواحد** المتميز المعين تساوتا أيضاً قيمةً، بحيث لا يكون هناك بين الكميات من فرق في القيمة يعتد به عادة إلا من حيث تفاوت مقاديرها. وذلك كالسمن والزيت والقمح والشعير والملح والتمر والزبيب والجوز واللوز والحطب والدراهم والدنانير والمعادن بجميع أنواعها والفواكه والورق، ونحو ذلك إذا كان كل هذا من صنف واحد وصفة متماثلة.

فإن كل واحد من هذه الأصناف وأشباهها يعد بين الناس بعض أجزائه مساوياً في القيمة للبعض الآخر إذا تعادلت الكميتان، ويقوم بعضه مقام بعض في التداول والوفاء.

بخلاف القسم الأول، فإن القطعة من الأرض لا تتساوى حتماً مع القطعة المجاورة لها وإن كانت مساحتاهما متساويتين.

وكذا الرأس الواحد من الغنم أو البقر أو الخيل لا يتساوى مع الآخر في القيمة لما بينهما من تفاوت في وجوه وأوصاف شتى.

وهكذا الدور والحوانيت والطنافس والمصوغات من الحلي والجواهر والمفروشات الأثاثية التي يسمونها اليوم (الموبيليا)، فكل فرد منها له قيمة خاصة بحسب مادته أو صفته أو طبيعته أو صنعته أو حجمه أو سعته إلخ. . . أو بحسب مجموع ما فيه من مميزات تختلف عما في سواه.

أ - فالقسم الأول الذي تتفاوت آحاده أو أجزاؤه يسمى: **«قيمياً»** - بكسر القاف وسكون الياء - نسبة إلى القيمة التي يتفاوت بها كل فرد عن سواه.

ب - والقسم الثاني الذي تتماثل آحاده أو أجزاؤه يسمى: **«مثلياً»** نسبة إلى المثل، لأن كل نوع منه بعضه مثل بعض.

وعلاوة على هذا الاعتبار الذاتي في المال المثلي يشترط شرط آخر خارجي فيه هو أن يكون المثلي موجوداً بالفعل أمثال له تحت التداول في الأسواق.

فلو كان أو أصبح نادراً أو مفقوداً اعتبر قيمياً ولو كانت آحاده لا تتفاوت كبعض النقود المسكوكة أو المصنوعات القديمة.

وإلى هذا يشير تعريف المجلة الآنف الذكر، فإن هذه الأموال بانقطاع أمثالها لم يبق من الممكن أن يحل بعض أفرادها محل بعض بلا تفاوت، وأصبح لها اعتبار خاص في قيمتها ينقلها إلى زمرة القيميات.

١٤/٣ ـ انقلاب المال المثلي إلى قيمي، وبالعكس:

ينتج مما تقدم أن المال المثلي قد يصبح قيمياً، والقيمي قد يصبح مثلياً.

فإن وجود المال المتماثل بكثرة في الأسواق أمر غير ثابت فيتبدل الحال في المال المثلي من وجود إلى انقطاع، ومن انقطاع إلى وجود ينقلب اعتباره من مثلي إلى قيمي، وبالعكس.

وقد تعرض عوارض أخرى غير الانقطاع من الأسواق تنقل المال من المثلية إلى القيمية[١]. فمن ذلك الحالات الآتية:

١ ـ إذا اختلط مالان مثليان من جنسين مختلفين بصورة لا تقبل التمييز كان الحاصل المختلط قيمياً.

وذلك لأنه لم يبق له مماثل في حاله الحاضرة، إذ يختلف محصول كل مختلطين باختلاف نسبة الأجزاء فيكون له تقويم خاص: (ر: م/١١١٩).

٢ ـ كل مال مثلي أحاط به خطر وأشفى على التلف يصبح أثناء خطره قيمياً.

---

(١) في كتاب الغصب من رد المحتار ١٢٧/٥ طبعة الميمنية: «أن المثلي يخرج عن المثلية لمعنى خارج».

وذلك كالأموال التي أحاط بها الحريق، أو المشحونة في سفينة جنحت إلى الغرق، ونحو ذلك (الدر المختار أوائل الغصب).

وهذا لأن هذه الأموال في هذه الحال لم تبق مماثلة لأمثالها السليمة من الأخطار، بل أصبحت لها قيمة خاصة يؤخذ فيها أمر الخطر بعين الاعتبار. فهي مثلاً إنما تشترى وهي في هذه الحال بما يتناسب مع درجة الأمل بنجاتها[١].

٣ ـ كل مال مثلي تعيب أو استعمل فأصبح بحالة تجعل له قيمة خاصة تختلف عن قيمة أمثاله قبل التعيب أو الاستعمال يصير قيمياً.

وعن هذا كانت الكتب المطبوعة مثلية وهي جديدة، فإذا استعملت أصبحت قيمية، كما سنرى (ف١٤/ ٥).

هذا، وإذا لوحظ أيضاً أمر الكثرة والندرة في المال يتصور أيضاً، بالعكس، انقلاب المال من صفته القيمية إلى المثلية كما سلف بيانه (في الفقرة السابقة)، وذلك كالأموال المتماثلة في ذاتها النادرة الوجود، إذ تعتبر قيمية، فإذا كثرت أصبحت مثلية.

١٤/ ٤ ـ حصر الأموال المثلية ومستنده:

إن القيمي لا يمكن حصره في أنواع كلية لأن أنواعه لا تجمعها جامعة، فلذا اكتفى الفقهاء في تمييزه بتعريفه الوارد في المادة/ ١٤٦/ من المجلة المتقدمة الذكر.

---

(١) فائدة اعتبار انتقال المال من صفة المثلية إلى القيمية في هذه الحال من الخطر تظهر مما سيأتي في الفقرتين ١٤/ ٧ و١٠، إذ نرى فيها أن المال المثلي يضمن بمثله، والقيمي بقيمته.
فلو ألقى الملاح في البحر بعض ما في هذه السفينة الموقورة بدون إذن صاحبه لأجل تخليصها لا يكون ملتزماً بضمان مثل ما ألقى لصاحب المال، ولو كان المال الملقى مثلياً في الأصل، وإنما يضمن له قيمته التي تقدر له بصفة أنه مال مشرف على الغرق (ر: الدر المختار ورد المحتار أوائل كتاب الغصب، وأواخر كتاب القسمة).

أما المثلي فإنه جميعاً من الأموال التي أساس تفاوت القيم بين أفراد الصنف الواحد منها، أو أجزاء الفرد الواحد إنما هو في الكميات والمقادير. فكلها إذن مما يخضع للمقياس في كميته لتقدير قيمته.

فالكمية في كل شيء إما أن تقاس وتقدر بالثقل وزناً، وإما بالحجم كيلاً، وإما بالآحاد عدداً، وإما بطول المساحة ذرعاً أو متراً[١] أو سواهما من المقاييس الطولية. وهذه هي المقاييس الممكنة والمعتادة.

وعن هذا كانت الأموال المثلية تنحصر في أربعة أنواع: **الموزونات، والمكيلات، والذرعيات، والعدديات المتقاربة**.

١٤/ ٥ ـ أ ـ فأما الوزنيات والكيليات من نوع واحد فهي مثلية على إطلاقها.

ب ـ وأما الذرعيات فإنها لا تكون مثلية إلا إذا كانت أجزاؤها متساوية دون فرق يعتد به كالمنسوجات المحكمة الصنعة مثل الجوخ وسائر المنتوجات القطنية والحريرية وغيرها اليوم، فكل ذراع أو متر منها يساوي أخاه. وكذا ألواح البلور من كل صنف، والأخشاب الجديدة التي تأتي بأوصاف ومقاييس واحدة وتباع بالمتر المكعب أو المربع أو بالطول، فكلها مثلية.

فلو كانت تتفاوت أجزاء المذروعات كالنسيج غير المتماثل الأجزاء وكالأراضي فإن كل قطعة منه عندئذ قيمية لا مثلية.

ج ـ وأما العدديات فما كان منها متقارباً، وهو ما ليس بين آحاده فرق كبير يعتد به كالبيض والجوز، فإنه مثلي على الإطلاق.

فإذا تفاوتت أفراده في الحجم بحيث يكون لكل منها قيمة تختلف عن الآخر، كالبطيخ والقنبيط والملفوف ونحوها، فإنه عندئذ إذا كان العرف على

---

(١) نرى لزوم تعريب كلمة «**المتر**» (بكسر الميم)، المقياس المعلوم، للحاجة إليها.
وقد اشتققنا منها هنا «**المتر**» بالفتح مصدراً، بمعنى القياس بالمتر.
والفعل منه: «**متر يمتر**» كما يقال: ذرع يذرع، للقياس بالذراع.

بيعه بالعدد كان قيمياً لتفاوت آحاده؛ وإذا كان العرف على بيعه بالوزن كان مثلياً. وذلك لأن آحاده عندئذ (أي في حالة الوزن) هي الوحدات القياسية الاعتبارية بالوزن من الرطل أو الأوقية ونحوهما وهي غير متفاوتة فيه، وليست آحاده هي أفراده الطبيعية المتفاوتة حجماً، أي أنه يصبح عندئذ وزنياً لا عددياً.

وهكذا يقال في كل ما له أفراد متفاوتة في الحجم متماثلة في المضمون والصفة إذا كان يباع بالعدد أو الوزن.

وبهذا يظهر ما للعرف من تأثير في اعتبار المال قيمياً أو مثلياً، وتتبدل هذه الصفة في المال المثلي الأصل بتبدل تعامل الناس فيه من عد إلى وزن، ومن وزن إلى عد.

وإذا كان المعدود المتقارب كالبيض والجوز من المحصولات الطبيعية مثلياً، فإن المعدود المتماثل من المصنوعات هو مثلي بالأولى، كالأشياء الصناعية التي هي من صنع المعامل الآلية الحديثة اليوم، مثل الكؤوس الزجاجية والمعدنية وأباريق البلور ومصابيح الكهرباء من صنف واحد، بل والمحركات والمضخات بسائر أجهزتها مما تخرج منه المعامل أفراداً كثيرة فإنها كلها تعد من المثليات.

وأفراد النسخ المطبوعة الجديدة من كتاب واحد مثلية. أما النسخ المخطوطة ولو لكتاب واحد، والنسخ المطبوعة المستعملة فقيمية، لتفاوت النسخة عن الأخرى في الأوصاف والقيمة.

١٤/ ٦ ـ نتائج التفرقة بين المال القيمي والمثلي فقهاً:

إن هذا التفريق بين القيمي والمثلي من الأموال له نتائج عملية ذات بال في مناط الحقوق والقضاء، وإليك أهم هذه النتائج:

١٤/ ٧ ـ النتيجة الأولى:

فالأموال المثلية على الإطلاق تقبل أن تثبت في الذمم ثبوت الديون، فيتعلق الحق منها بمقدار غير متعين بذاته في الخارج، فتشغل به الذمة، ويجب

على الملتزم به وفاء دينه من أي الأموال المماثلة لما التزم به جنساً وصفة، ولا يتقيد بعين معينة يريدها الملتزم له.

وذلك كمن استقرض مبلغاً من النقود أو باع كمية من القمح الموصوف إلى شهر مثلاً، أو مائة متر من ألواح البلور كذلك، فيكون كل هذا التزاماً بدين في ذمته يوفيه من أي كمية من النقود أو القمح أو البلور تتوافر فيها أوصاف هذا الدين.

هذا، وإن ثبوت الأموال المثلية في الذمم يستلزم حكماً آخر فيها، وهو أنها يجري بينها في الذمم المتقابلة التقاص الذي سيأتي بيانه في نتائج تقسيم المال إلى عين ودين (ف ٨/١٧ خامساً).

أما الأموال القيمية فإنها لا تقبل الثبوت في الذمم فلا تكون بذاتها ديناً أبداً، ولا يجري بينها تقاص، وإذا أريد تعلق الحق بذاتها يجب أن تكون موجودة متعينة في الخارج.

فلا يمكن بيع رأس من الغنم أو البقر مثلاً إلا إذا ورد العقد على واحد موجود مشخص متميز عن سواه.

وذلك لأنه لو شغلت ذمة الملتزم بذات المال القيمي لكان غير متعين. وعندئذ يجب أن تفرغ الذمة ويوفى الالتزام بأي فرد كان من أمثاله. وقد رأينا أن القيمي لا مثل له لتفاوت كل فرد من أفراده عن الآخر في الأوصاف والقيمة.

فإذا وجدت واقعة شرعية توجب شغل الذمة بالمال القيمي فإنها عندئذ تشغل بقيمته من النقود الدارجة وهي مثلية، كمن أتلف مالاً قيمياً لغيره، فإنه يلتزم بضمان قيمته، لا بأداء نظيره، (ر: المجلة/ ٨٩١/ والدر المختار أوائل كتاب الغصب).

٨/١٤ ـ وعن هذا قرر الفقهاء أن عقد القرض لا يجري في القيميات، وإنما يجري في المثليات من نقود أو أعيان أخرى كالقمح والشعير ونحوهما، لأن القرض يثبت به المال المقبوض ديناً في الذمة يوفى برد مثله، والقيمي لا مثل له فلا يثبت في الذمة.

وقالوا: إن إقراض المال القيمي، إذا وقع، يعتبر في حكم **الإعارة** من جهة أنه يجب رد عينه ما دامت قائمة، فلا يجبر المقرض على قبول مثله، لكن المقترض يملكه بالقبض، لأنه دفع بقصد التمليك فيكون مضموناً عليه بالقيمة إذا هلك عنده ولا يعتبر أمانة محضة كالعارية.

(ر: الدر المختار وحاشيته رد المحتار في القرض ٤/ ١٧١ و ١٧٢).

١٤/ ٩ ـ ومن ذلك يستخلص أن المال المثلي يتعلق به **الحق العيني** كمن باع كمية من الورق معينة بذاتها مشاراً إليها، فإنها تعلقت بها ملكية المشتري، وهي حق عيني، حتى لا يحق للبائع أن يعطي سواها من أمثالها عوضاً عنها. (ر: المجلة/ ٢٠٤).

ويتعلق أيضاً به **الحق الشخصي**، كمن باع مقداراً من الورق معيناً بنوعه وأوصافه فقط لا بذاته مؤجل التسليم إلى أجل محدد وهو بيع السلم، فيكون البائع مديناً بالورق للمشتري، فعلى البائع أَداء كمية مماثلة لدينه قدراً ونوعاً وصفة عند حلول الأجل. (ر: المجلة/ ١٢٣و ٣٧٠ و ٣٨١).

وأما المال القيمي فلا يتعلق بذاته إلا **الحق العيني**. وإذا صار موضوعاً لحق شخصي فإن ذلك الحق في الواقع، لا يتعلق بذاته بل بفعل يتصل بها كتسليم المبيع القيمي، فإن هذا التسليم حق شخصي للمشتري (ر: ف ٧/ ٥).

١٤/ ١٠ ـ النتيجة الثانية:

بما أن الأموال المثلية تقبل الثبوت في الذمم، لذلك يجب بإتلافها ضمان مثلها لا قيمتها (المجلة/ ٨٩١)، لأن المثل أقرب إلى الأصل من القيمة، والواجب في التعويض التقرب من الأصل المعوض عنه بقدر الإمكان؛ لأن تعويض الضرر هو قضاء عن شيء فائت. ومن القواعد الفقهية أن «**الضرر يدفع بقدر الإمكان**» وأنه «**إذا بطل الأصل يصار إلى البدل**» (المجلة/ ٣١و ٥٣).

فعند إمكان الأقرب لا يصار إلى الأبعد. وإن تضمين المثل يخلف ذات المال المتلف، أما تضمين القيمة فيخلف ماليته لا ذاته.

وقد صرح الفقهاء أن المعادلة في الضمان واجبة بالنص، وأن تمامها بالمثل لا بالقيمة، لأن المثل معادل صورة ومعنى، أما القيمة فمعادلة معنى فقط (رد المحتار، باب بيع السلم ٤/ ٢٠٥).

فإذا انقطعت أمثاله من السوق فعندئذ يصار إلى القيمة اضطراراً[١].

أما القيمي فلأنه لا يكون بذاته ديناً، إذ لا مثل له، يكون التزام التعويض عند الإتلاف متوجهاً إلى قيمته رأساً كما تقدم.

ومتى وجب في الأموال المثلية الالتزام بضمان مثلها فلا عبرة عندئذ لصعود القيمة أو هبوطها ما بين تاريخ الالتزام وتاريخ وفائه بأداء المثل، لأن الالتزام قد استقر في الذمة على المال المثلي عيناً لا على قيمته، فلا عبرة لتحول القيمة[٢].

١٤/ ١١ ـ النتيجة الثالثة:

الأموال القيمية لا تعتبر أموالاً ربوية، فلا تخضع شرعاً في مبادلة بعضها ببعض لقاعدة ربا الفضل التي توجب تساوي البدلين إذا كانا من جنس واحد، حيث تكون الزيادة ربا محرماً. فالأموال القيمية تخرج عن هذه القاعدة فيجوز إعطاء الكثير منها في مقابل القليل من جنسه كبيع غنمة بغنمتين معينات. وذلك لأن الفضل هو زيادة أحد المتجانسين على الآخر في المقدار والكمية، وإن القيميات ليست من المقدرات، أي ليست من الأموال التي تجمع بين أفرادها وحدة مقياس ومقدار بحيث يكون تفاوت قيمها بنسبة تفاوت مقاديرها، فلذا كان ربا الفضل يختص شرعاً بالمقدرات المثلية من مكيل أو موزون فقط (الدر المختار من باب الربا).

---

(١) وهل يجب عندئذ ضمان القيمة يوم الإتلاف، أو يوم انقطاع المثل، أو يوم الخصومة؟ في ذلك نظريات اجتهادية سيأتي بيانها في محلها من بحث الفعل الضار. والمادة/ ٨٩١/ من المجلة تفيد اختيار الرأي الأول.

(٢) على أن هذا الحكم، على متانته نظرياً، هو محل النقد لدى بعض الأساتذة القانونيين من حيث أن الملتزم قد يتأخر في تأدية المال المثلي الذي عليه إلى وقت تكون القيمة فيه قد هبطت فيتضرر الملتزم له.

١٤/ ١٢ ـ خصائص النقدين:

رأينا أن من الأموال المثلية المعادن كافة.

ومن هذه المعادن الذهب والفضة اللذان جرى العرف البشري العام على اتخاذ المسكوكات النقدية منهما لتكون أثماناً وقيماً للأشياء التي تتعلق بها الحوائج. فتوفى الالتزامات من هذه المسكوكات، وتقوم بها الحقوق، وذلك لمزية اعتبرت في هذين المعدنين في الأوصاف والندرة كانا بها أثبت من سواهما قيمة في التداول، وأصلح للوساطة بين الإنسان وحاجاته، وأليق أن يكونا أساساً ومقياساً لقيم سائر الأشياء.

وعن هذا قال الفقهاء: «**إن الذهب والفضة يعتبران أثماناً بالخلقة**» أي بطبيعتهما ولو غير مسكوكين.

ومعنى هذا أن الذهب والفضة إذا قوبلا في العقود بأي مال آخر يعتبران هما العوض وهو المعوض[1]. وإذا قوبل أحدهما بالآخر كان العقد صرفاً.

أما بقية الأموال المثلية فإنها إذا كانت معينة وقوبلت في عقد المعاوضة بأعيان قيمية على سبيل المقايضة، كانت هي أثماناً والمال القيمي مثمناً أي مبيعاً، لأن المثليات أليق بالثمنية إذ تقبل الثبوت في الذمة ديناً كما رأينا.

أما إذا قوبلت القيميات بعضها ببعض فإنها يكون كل منها ثمناً من وجه، ومبيعاً من وجه.

ويُرىٰ تفصيل التمييز بين المبيع والثمن ونتائجه في باب البيع من العقود المسماة.

---

(١) إن لتمييز الثمن من المبيع في المعاوضات نتائج عملية في الفقه. فالثمن في نظرهم واسطة في العقد، وإن المبيع هو المقصود، فيتسامح في شأن الثمن أحياناً بما لا يتسامح بمثله في المبيع.

فالمال غير المتقوم كالخمر إذا كان مبيعاً بطل العقد، وإن كان ثمناً فسد العقد: فعندما يقابل بالنقود لا بعين قيمية يكون مبيعاً حتماً لأن النقود ثمن حتماً، فيبطل العقد.

والشيء المبيع إذا استحق من يد المشتري يبطل البيع. أما إذا استحق الثمن من يد البائع فالبيع باق لأن الثمن في الذمة ويرجع على المشتري بمثل الثمن.

١٤/ ١٣ ـ هذا، وإذا كان الذهب أو الفضة مسكوكين دنانير أو دراهم كان لهما اعتبار آخر في نظر الفقهاء علاوة على ما تقدم، ذلك أنهما يصبح لهما شيء من التجرد المالي يكونان به في العقود كأنهما ديون محضة، فالعقد الذي يرد عليهما كأنما ورد على دين في الذمة لا على عين، لأنهما عندئذ تمحضا للوساطة في التداول والمعاوضة.

وعن هذه النظرية قرر الفقهاء القاعدة القائلة:

إن الدنانير والدراهم لا تتعين بالتعيين في عقود المعاوضة (المجلة/ ٢٤٣).

وإيضاح ذلك أن الذهب والفضة إذا كانا معدناً غير مسكوك اعتبرا أثماناً في المعاوضات، لكنهما كسائر المثليات يقبلان التعيين بالذات. فمن اشترى سبيكة من ذهب أو فضة معينة بذاتها لا يجبر على استيفاء غيرها ولو مماثلاً لها في مقدارها ومعيارها، فيتعلق بها الحق العيني للمشتري.

وأما إذا كانا مسكوكين دنانير أو دراهم فاشترى شيئاً بدينار أو درهم معين بذاته وأشار إليه أنه هو الثمن المعقود به وتم العقد؛ فإنه لا يجبر على أدائه بعينه بل له أن يدفع سواه من الدراهم أو الدنانير المماثلة. فيعتبر العقد كأنما ورد على دينار أو درهم مجرد مطلق عن التعيين.

وهذا التجريد مستمد من مهمة النقد المسكوك التداولية، فإن الغاية الاقتصادية للنقد المسكوك ـ وهي أنه وسيط بين الإنسان وحاجاته وليس مقصوداً لذاته ـ تقتضي تساوي أفراد النوع الواحد منه في هذه الوساطة ما دامت قيمتها متساوية.

فبين كون الذهب والفضة نقوداً مسكوكة، وكونهما معادن فرق فقهي في قابلية التعيين وعدمها في المعاوضات بناه فقهاؤنا على الهدف الاقتصادي العام الذي يبتغيه التشريع في المسكوكات النقدية.

ومثل الدراهم أو الدنانير جميع المسكوكات من المعادن الأخرى، وهي التي يسمونها **«الفلوس النافقة الرائجة»**، ويعتبرون ثمنيتها ناشئة عن اصطلاح الناس وتعارفهم.

فهذه الفلوس تتفق في عدم قابليتها للتعيين، مع الدراهم والدنانير المعدودة أثماناً بالخلقة؛ وتختلف عنها في بعض أحكام أخرى ليس هذا محل بيانها[1].

١٤/ ١٤ ـ هذا الحكم السابق، أعني عدم تعين النقود بالتعيين هو خاص بعقود المعاوضة. أما في عقد الأمانة فإن الدنانير والفلوس تتعين بالتعيين كالودائع النقدية، فإنها لا يحق للوديع استبدالها بسواها من أمثالها، ولو فعل كان غاصباً، فيصبح ضامناً بعد أن كان أميناً، بل عليه أَن يحفظها بأعيانها للمودع.

ومثل ذلك إذا استعار الإنسان ديناراً مثلاً ليعاير به الميزان، فليس له أن يرد سواه من مثله، بل يتعين رد الدينار المعار بذاته.

---

(١) في حكم الفلوس النافقة **الورق النقدي في عصرنا هذا**، فإنه يتداول كالفلوس وإن كان في أصل مبناه من قبيل السند المحرر لحامله. وهو اليوم يُتداول على أنه نقود أصلية.

ملحق بالفصل الرابع عشر

عن الأموال المثلية والقيمية، وعن النقود

١٤/ ١٥ ـ هناك ملاحظات إضافية مهمة تتعلق بالأموال المثلية بوجه عام، وبخصائص النقدين بوجه خاص، وبعضها من قضايا الساعة التي تثار في هذا العصر، ووقع فيها فتاوى خاطئة خطيرة جداً من أناس ينتسبون إلى علم الشريعة وفقهها، وتحير فيها بعض الناس الذين لا يستطيعون التفريق بين الفقهاء الراسخين الثقات، وبين غيرهم.

وبما أن هذه الملاحظات ـ على أهميتها ـ تعتبر فوق حدود الغرض التعليمي المبسّط الموطّأ لطلاب الدراسة الجامعية الأولى للشريعة الإسلامية وفقهها، لذلك رأيت أن أفردها بهذا الملحق لمن يريد التوسع والتعمق.

ملاحظات تتعلق بالمال المثلي والقيمي بوجه عام

١٤/ ١٦ ـ رأينا في محله أن المال المثلي محصور فقهاً في المكيلات والموزونات والمذروعات المتجانسة والعدديات المتقاربة.

إن هذه الأنواع الأربعة هي الأموال التي كانت في عصور فقهائنا السابقين ذات وحدات قياسية متماثلة تقاس بها هي الوحدات المتعارفة الأربع بالثقل، أو الحجم، أو المسافة، أو التعداد.

واليوم في عصرنا هذا قد وجد بعض أموال أخرى اكتشفها العلم بقوانين الطبيعة أصبحت تعتبر من أعظم الأموال شأناً في حياة المجتمعات البشرية وأبرز أمثلتها الطاقة الكهربائية. فهي قوة تتولد وتتخزن وتستعمل حين اللزوم في

أعمال الإنارة، والتحريك، والتحليل والتركيب في المواد الكيمياوية، وغير ذلك مما لايحصى. وهي تباع وتشرى وتقاس كميتها بوحدات قياسية غير تلك المقاييس الأربعة المعهودة التقليدية.

ولا شك أن الكهرباء هي من الأموال المثلية لأنها متماثلة الوحدات التي تقاس بها. وعندئذٍ يجب تعديل الحصر الفقهي السابق للأموال المثلية بالأنواع الأربعة بحسب نوع وحداتها القياسية التقليدية، وذلك بأن نقول: **إن المال المثلي ينحصر في كل ما يقاس بوحدات قياسية متماثلة تحدد مقداره** سواء أكانت وحدته القياسية هي الثقل، أو الحجم، أو المسافة، أو التعداد أو غير ذلك من المقاييس المنضبطة.

١٤/١٧ ـ ومن أبرز الأموال القيمية المستحدثة في عصرنا هذا ولم تكن معروفة في العصور السابقة **حقوق الابتكار** التي تقدم الكلام عليها في الباب الأول (ر: ف٢/٩)، فهي أموال قيمية لأنها حقوق يختلف كل فرد منها عن الآخر في قيمته، ولو كانت من جنس أو نوع واحد كحق المؤلف فإنه يختلف في قيمته عن حقوق المؤلفين الآخرين بحسب مدى الابتكار والإبداع في كل كتاب عن آخر. ومثل ذلك يقال في بقية أنواع حق الابتكار.

ملاحظات وأحكام تتعلق بخصائص النقدين

١٤/١٨ ـ ذكرنا فيما سبق (ف ١٤/ ١٢ عن خصائص النقدين) الأمور الأساسية التي لا يجوز لطالب الشريعة الجامعي أن تغيب عنه.

ونذكر الآن في هذا الملحق جوانب أخرى من خصائص النقدين الذهب والفضة وأحكامهما لمن يريد التوسع والاستيعاب، فمن ذلك:

١ ـ أن عقد الصرف بين النقدين الذهب والفضة ـ أي مبادلة أحدهما بالآخر، وهو بيع ـ يشترط لصحته بالإجماع تقابضهما في مجلس العقد، بينما بيع سائر الأشياء الأخرى بالنقود لا يشترط فيه ذلك.

٢ ـ أن النقدين الذهب والفضة، وما يلحق بهما من المسكوكات المعدنية

المعتبرة أجزاء لهما، لا يجوز أن تكون محلاً مُسْلَماً فيه في عقد السَلَم[1]، ذلك لأن جعلهما محلاً مُسْلَماً فيه مؤجلاً معناه شراؤهما بنقود من نوع آخر، وهذا مصارفة بين النقود، فيشترط فيها حينئذٍ التقابض في العوضين في مجلس عقد الصرف كما أسلفنا آنفاً، سداً للذريعة كيلا تتخذ المصارفة وسيلة لتغطية مراباة متواطأ عليها. فوجوب التقابض في المصارفة يتناقض مع تأجيل المبيع إلى أجل محدد في بيع السلم (ر: الموسوعة الفقهية الكويتية ج٢٥ مادة: سلم، ورد المحتار: باب السلم).

ومثل ذلك يقال في جميع أنواع النقود من غير الذهب والفضة، من حيث إنها لا يجوز أن تكون مبيعاً مُسْلَماً فيه في عقد السلم.

الورق النقدي

١٤/١٩ ـ ويجدر التنبيه هنا إلى أن الورق النقدي الذي حلّ اليوم في هذا العصر محل الذهب والفضة اللذين كان يمثلهما في الأصل أول ظهوره ينطبق عليه الحكم نفسه، فلا يجوز أن تكون النقود الورقية اليوم محلاً مبيعاً في عقد السلم، فهي أيضاً أثمان محضة بالخلقة والاعتبار، وليس لها أية صفة أو منفعة أخرى، وذلك للعلة نفسها التي بيناها. فالورق النقدي يأخذ حكم الأصل الذي يمثله من الدنانير أو الدراهم أو الريالات بلا فرق أصلاً[2].

---

(١) لاستذكار ما هو عقد السلم ـ ويسمى: السَّلَف أيضاً ـ ينظر ما تقدم في (المدخل الفقهي، ج٢، ف٣/٧٢ح). والمحل المسلم فيه هو المال المثلي المبيع المؤجل التسليم، ورأس المال هو الثمن في بيع السلم.

(٢) يرى اليوم بعض من يدعون العلم والفقه أن الورق النقدي ليس من قبيل النقود ولا تنطبق عليه أحكامها، بل هو مال آخر، ويبنون على ذلك ويجيزون عدم وجوب التقابض في مصارفة بعض أنواعه ببعض، أو بالنقود المعدنية كالبيع العادي، ومنهم من لا يوجب الزكاة فيه!! وهذا ضلال بيّن، وجهل فادح فاضح بمقاصد الشريعة وفقهها، ويهدم قاعدة حرمة الربا ويؤدي إلى تعطيل الزكاة التي هي من أعظم مزايا الشريعة الإسلامية في التكافل الاجتماعي. ومن يقول بهذا غافل أو ضلّيل مضلّ. فهذا الورق النقدي الذي تصدره الدول اليوم هو العملة النقدية الوحيدة التي يتعامل بها الناس في العالم، محلياً ودولياً، فإخراجه عن حكم النقدين اللذين يمثلهما، يفتح ذريعة سهلة لهدم قاعدتي فريضة الزكاة وتحريم الربا القطعيتين. =

١٤/ ٢٠ ـ هذا، ولشيخ الإِسلام ابن تيمية حول النقدين الذهب والفضة

= نعم هناك من العلماء الفقهاء اليوم من يرى أن الورق النقدي قد أصبح في التعامل عملة نقدية من نوع جديد ـ لا تأخذ حكم النقدين الذهب والفضة اللذين حلت محلهما ـ، وإن اخذت اسم الدينار والدرهم والريال والدولار والروبية وغيرها. وبناء على ذلك أفتوا بجواز مصارفة العملة الورقية كالريالات مثلاً بالريالات المعدنية مع التفاضل زيادة أو نقصاً بحسب السعر المتعارف، ومثل ذلك يقال في الدولار والدرهم والدينار وغيرها بنظائرها المعدنية **ولكن بشرط التقابض في مجلس العقد** وفقاً لما يشترط في عقد الصرف، وهذا ما أقره المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، وبه أخذ الشيخ عبد الله بن منيع في كتابه عن (الورق النقدي). وقد ذاكرت فضيلته مستغرباً ذلك فأطلعني على قرار مجمع الفقه وعليه توقيعي مع سائر الأعضاء، فاستغربت وجود توقيعي مع أني لا أرى هذا الرأي، ثم تبين لي تفسير ذلك، وهو أن بعض أعضاء المجمع قد يتأخر في بعض الجلسات، أو يقوم لحاجة، ويقرر شيء في فترة غيابه خلال الجلسة. ثم تأتي القرارات في ختام الدورة وتعرض على الأعضاء مبيضة لتوقيعها فيوقع كل عضو عليها دون أن ينظر في مضمونها. وهذا ما حصل معي بالنسبة لهذه المسألة. لكني لا أقر هذا الرأي.

وكان يجب على الأقل أن يقيد جواز مبادلة العملة الورقية بنظيرها المعدني مع التفاضل بأن لا يكون المقصود منه سوى سد حاجة، كحاجة شخص لقطعة معدنية لأجل مكالمة هاتفية يحتاج إليها في مطار، أو من مركز هاتف عمومي في الشارع. أما إذا كان المقصود منه تغطية فائدة ربوية في قرض صورته قرض حسن، ومتوطأ على تغطية الفائدة المتفاهم عليها بهذا التفاضل في مصارفة بين الورق النقدي والمعدني فهي عندئذٍ حرام غير سائغ. ذلك لأن التفاضل وحده ـ دون نسيئة ـ في مبادلة الأموال الربوية من جنس واحد ليست حرمته لذاته كحرمة ربا النسيئة، **بل إنما حرم سداً للذريعة إلى المراباة**، كما لو تعاقدا على قرض ربوي ظاهره أنه قرض حسن وتوطأ على تغطية الفائدة الربوية المتفاهم عليها بمصارفة بين نقدين من جنس واحد مع التفاضل، لأن الإنسان العاقل لا يعطي الكثير بالقليل فوراً دون تأجيل، وهما من نوع واحد متماثل ما لم يكن ذلك حيلة لتغطية شيء ممنوع.

وما كان كذلك من المحرمات في شريعة الإسلام ـ أي حرمته ليست لذاته، بل سداً للذريعة ـ يباح إذا دعت إليه حاجة عامة. كبيع العرايا. هذا ما يقرره شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم رحمهما الله، لكن الحاجة لا يدخل فيها التواطؤ على الربا والاحتيال لتغطيته.

وبيع العرايا: هو بيع الرُطَب وهو على نخله بتمر جاف يعادله خَرْصاً ـ أي بالتقدير التخميني ـ ولو لم يتحقق بينهما التساوي وزناً أو كيلاً، وذلك لأن الرجل ذا العيال يحتاج إلى الرطب في موسمه يأكله طرياً تباعاً من شجره وليس لديه سوى التمر الجاف. فرخص النبي ﷺ في ذلك، وكلاهما مال ربوي من جنس واحد يجب فيه التساوي ولا يجوز التفاضل، لأن الفضل في أحدهما ربا، ولكن النبي ﷺ رخص فيه للحاجة إليه.
(ر: الموسوعة الفقهية، إصدار الكويت ـ حرف الباء ـ بيع العرايا).

وطبيعتهما، والفلوس الرائجة التي هي أجزاء لهما بالاعتبار، كلام نفيس[١] نقتبس منه ما يلي:

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: «إن المقصود من الأثمان (النقود) أن تكون معياراً للأموال يتوسل بها إلى معرفة مقادير الأموال (الأخرى) **ولا يقصد الانتفاع بعينها**. فمتى بيع بعضها ببعض إلى أجل ـ أي لا بقصد الصرافة المحضة ـ قصد بها التجارة التي تناقض مقصود الثمنية»[٢]، بخلاف سائر الأموال ـ أي السلع ـ فإن المقصود بها الانتفاع بها نفسها...»[٣].

ويقول: «والفلوس النافقة (الرائجة) يغلب عليها حكم الأثمان، وتُجعل معيارَ أموالِ الناس. ولهذا ينبغي للسلطان أن يضرب لهم فلوساً بقيمة العدل في معاملاتهم من غير ظلم لهم. ولا يتّجر ذو السلطان في الفلوس أصلاً بأن يشتري نحاساً فيضربه (فلوساً) فيتجر فيه، ولا بأن يحرّم عليهم (يلغي) الفلوس التي بأيديهم، ويضرب لهم غيرها. بل يضرب ما يضرب بقيمته من غير ربح فيه للمصلحة العامة، ويعطي أجرة الصناع من بيت المال، فإن التجارة فيها (من ذي السلطان) باب عظيم من أبواب ظلم الناس، وأكل أموالهم بالباطل. فإنه إذا حرّم المعاملة بها حتى صارت عَرْضاً (سلعة)، وضرب لهم فلوساً أخرى، أفسد ما عندهم منها بنقص أسعارها، فيظلمهم فيها، وظلمهم فيها بصرفها بأغلى (من) سعرها...»[٤].

ونقل الدكتور رفيق المصري (ص١٠) أيضاً قول ابن تيمية: «أما الدرهم والدينار فلا يعرف له حد طبعي ولا شرعي، بل مرجعه إلى العادة والاصطلاح»، وقول الإمام مالك: «لو أن الناس أجازوا بينهم الجلود، حتى

(١) نقله الدكتور رفيق المصري في رسالة (الإسلام والنقود، الطبعة الثانية، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز ـ ١٤٠٨هـ ص/ ١٠ و٤٢)، وننقله هنا مع الإحالة إلى الأصل في (فتاوى ابن تيمية).

(٢) فتاوى ابن تيمية ٤٧١/٢٩ ـ ٤٧٢.

(٣) فتاوى ابن تيمية ٢٥٢/١٩.

(٤) فتاوى أبن تيمية ٤٦٩/٢٩.

تكون لها سِكّة وعَيْن لكرهتها أن تباع بالذهب والورِق (الفضة) نَظِرةً»[1] ـ أي نسيئة مؤجلة ـ أي أن الجلود إذا صارت نقوداً بالسك أخذت حكم النقود في الربا، ومبادلة نقد بآخر لا يجوز فيها الأجل.

١٤/ ٢١ ـ قبض الشيكات الصحيحة كقبض مضمونها:

أقر فقهاء العصر، والمجمعان الفقهيان في مكة وجدة، وهيئات الرقابة الشرعية على المصارف (البنوك) الإسلامية اليوم: أن الشيك (الصك) الصحيح المحرر وفقاً للقانون، وله رصيد وافٍ لدى البنك المسحوب عليه، يعتبر تسليمه من محرِّرِه وموقِّعه إلى المحرَّر لأمره بمثابة تسليم المبلغ الذي يتضمنه.

ذلك لأن الشيكات تتمتع بمزايا خاصة في القانون والتعامل التجاري ليست لغيرها من الأوراق المالية، فهي لا تقبل التأجيل كالكمبيالات، بل يجب على المصرف المسحوب عليه دفع مضمونها لحاملها المحرر لأمره أو للمظهرة إليه فور إبرازها، كما أن تحريرها دون أن يكون لها رصيد واف بها لدى المصرف المسحوبة عليه يعتبر جرماً قانونياً يعاقب عليه محررها بعقوبة شديدة زاجرة.

فبناء عليه إذا اشترى شخص نقوداً من نوع بنقود من نوع آخر مصارفةً فدفع البائع في المجلس المبلغ الذي باعه، وسلمه الآخر شيكاً صحيحاً بالمبلغ المقابل، أو سلم كل منهما الآخر شيكاً صحيحاً بالمبلغ المستحق عليه، يعتبر أن التقابض قد تحقق.

أما إذا لم يكن لمحرر الشيك رصيد يغطيه لدى المصرف المسحوب عليه فلا عبرة عندئذٍ بتسليم شيك غير صحيح، إذ يصبح ذلك وسيلة للمراباة.

١٤/ ٢٢ ـ تسجيل المبلغ في سجلات المصرف يعدّ تسليماً:

وكذلك أقرت هيئات الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية في

---

(١) فتاوى ابن تيمية ١٩/ ٢٥١، والمدونة الكبرى لمالك، ط دار الفكر، بيروت، ٣/ ٩٠.

موضوع المصارفة التي تجري بين الأفراد والبنوك، أو بين البنوك بعضها مع بعض، أن تسجيل المصرف المبلغ الذي يجب عليه دفعه للطرف الآخر في الحساب الدائن لذلك الآخر في سجلات المصرف يعتبر أيضاً تسليماً للمبلغ إلى الطرف الآخر الذي سجل له. فإذا تم ذلك التسجيل في مجلس عقد الصرف يعتبر تقابضاً صحيحاً اعتباراً. واغتفر أيضاً المدة الضرورية المتعارف عليها اللازمة لإجراء عملية التسجيل، فتعتبر أيضاً امتداداً لمجلس عقد الصرف.

الفصل الخامس عشر

في الأموال الاستهلاكية والاستعمالية[1]

معنى المال الاستهلاكي - والاستعمالي - عدم التلازم بين الاستهلاكي والمثلي - نتيجة هذا التقسيم فقهاً.

١٥/١ - وينقسم المال أيضاً من وجه ثالث إلى قسمين: **استهلاكي واستعمالي.**

أ - فالمال الاستهلاكي: هو ما يكون الانتفاع بخصائصه بحسب المعتاد لا يتحقق إلا باستهلاكه.

والمراد به ما يستهلك باستعماله لأول مرة، كالأطعمة والأشربة بمختلف أنواعها، وكالحطب، وورق الكتابة إلخ... سواء أكان الاستهلاك فيه حقيقياً، كما في الأشياء المذكورة، **أو حقوقياً**، كما في النقود؛ فإن النقود تدخل في هذه الزمرة، ويعتبر خروجها من اليد التي هي فيها في سبيل وفاء الالتزامات وقضاء الحاجات استهلاكاً من الوجهة الحقوقية، وإن كانت أعيانها باقية على حالها في الوجود الخارجي.

ب - والمال الاستعمالي: هو ما يتحقق الانتفاع به باستعماله مراراً مع بقاء عينه.

وهو الأموال التي لا تستهلك بالاستعمال لأول مرة؛ بل لها دوام نسبي

---

(١) إن تقسيم المال إلى استهلاكي واستعمالي لم يذكره فقهاؤنا صراحة، ولكن الشرائط التي يشترطونها في بعض الأموال بالنسبة إلى بعض العقود تدل عليه كما سنرى.

يختلف طولاً وقصراً بحسب طبيعتها وقابليتها للبقاء: كالعقارات، والمفروشات، والثياب.

فالفارق بين النوعين هو الاستهلاك من **أول مرة** في الاستعمال لا مطلق استهلاك لأن معظم الأشياء يفنيها طول الاستعمال.

ويجب أن يلحظ أنه لا تلازم بين الاستهلاكي والمثلي بالمعنى والشرائط المتقدمة في بيان المثليات، وإن كان الأغلب في الأموال الاستهلاكية أن تكون مثلية.

فكل من القيمي والمثلي قد يكون استهلاكياً وقد يكون استعمالياً:

- فالطعام المطبوخ مثلاً قيمي استهلاكي.
- والكتاب المخطوط، أو المطبوع المستعمل، قيمي استعمالي.
- والقمح والشعير مثلي استهلاكي.
- والنسيج المتماثل الجديد، كالجوخ والكتان، مثلي استعمالي.

٢/١٥ ـ نتيجة هذا التقسيم:

ولهذا التقسيم ثمرة في قابلية الأموال لبعض العقود والحقوق وعدم قابليتها في الفقه الإسلامي:

١ ـ فالأموال الاستهلاكية لا تقبل أن ترد عليها العقود التي موضوعها الاستعمال دون الاستهلاك، وهي التي تستهدف تمليك المنافع دون الأعيان، كالإجارة والإعارة؛ لأن العقد يقتضي الانتفاع مع حفظ العين، والمال الاستهلاكي لا ينتفع به إلا باستهلاك عينه، فيتنافى غرض العقد مع طبيعة المعقود عليه.

وقد صرح الفقهاء في الإجارة بأن «كل ما ينتفع به مع بقاء عينه تجوز إجارته، وإلا فلا». (ر: الفتاوى الخانية في بحث الإجارة الطويلة، والقواعد الفقهية للشيخ محمود الحمزاوي، أول مسائل الإجارة ص/٧٣).

ومفاد ذلك أن المأجور يجب أن يكون استعمالياً بالمعنى الذي سبق شرحه.

ومن هنا وضع الفقهاء القاعدة المشهورة في الاجتهاد الحنفي: «**إن الإجارة لا يصح أن ترد على استهلاك العين**».

فلا يجوز إيجار البرك لأجل الاصطياد منها، ولا الأراضي للرعي أو الاحتشاش، ولا إيجار الآجام والغابات لاقتطاع القصب أو الحطب، ولا استئجار شاة لبون لشرب لبنها مدة معينة إلخ.. (ر: رد المحتار آخر الإجارة الفاسدة).

وقد استثنوا من ذلك بعض عقود للضرورة والاحتياج العام فجوزوا استئجار الظئر ـ وهي المرأة المرضع ـ لإرضاع الطفل، كما جوزوا نزول الحمام للاغتسال، وإن كان العقد يستهدف استهلاك اللبن والماء الحار.

ويجب أن يعتبر مثله نزول الفنادق اليوم بالطعام والشراب[1].

وعقد الإعارة إن ورد على مال استهلاكي كالنقود والحبوب والمأكولات عامة لم يصح **إعارةً** بل يعتبر العقد مجازاً عن **القرض**، نظراً إلى المقصود. فتثبت فيه أحكام القرض، ويكون المال مضموناً بمثله على المستعير لا أمانة (ر: رد المحتار ٤/ ٥٠٤).

ومقتضى هذا الأصل الذي تدل عليه النصوص في الأموال الاستهلاكية أن

---

(١) يجب أن يلاحظ هنا أن المادة/ ٦٤/ من أصول المحاكمات الحقوقية السابق، وبعده نصوص القانون المدني الجديد، تقتضي صحة جميع هذه الإجارات الفاسدة.
على أن معظم هذه الإجارات الواردة على استهلاك العين قد تحققت حاجة الناس العامة إليها وجرى العرف عليها، وإن الحاجة والعرف يقضيان بتصحيح ما كان فاسداً في الأصل بمقتضى المبادئ النظرية.
وقد نقل ابن عابدين رحمه الله آخر الإجارة الفاسدة عن التاترخانية ما نصه «**وفي الحاوي سئل محمد بن سلمة عن أجرة السمسار فقال أرجو أنه لا بأس به وإن كان في الأصل فاسداً، لكثرة التعامل وكثير من هذا غير جائز فجوزوه لحاجة الناس إليه كدخول الحمام**».

الوصية بمنفعة المال الاستهلاكي: كالقمح والثمار ونحوها مدة معينة دون تمليك عينه لا تصح، إلا أن تحمل على إقراض الموصى له إياها لاستهلاكها ورد مثلها في نهاية المدة المحدودة.

٢ ـ وأما الأموال الاستعمالية فعلى عكس ما تقدم لا تقبل العقد الذي هدفه الاستهلاك فقط دون الاستعمال، كالقرض.

وعن هذا كان الواجب في المال المقرض أن يكون **استهلاكياً ومثلياً** في وقت واحد.

ـ فأما كونه **استهلاكياً** فكي تتحقق غاية العقد، لأن مقصود المقترض أن يستهلك ما اقترض لسد حاجته.

ـ وأما كونه **مثلياً** فلكي يمكن ثبوته في ذمة المستقرض فيقوم مثله مقامه في الأداء بعد الاستهلاك. (ر: ف ٧/١٤).

٣ ـ أما العقود التي لا ينحصر غرضها وموضوعها بالاستهلاك وحده أو الاستعمال وحده بل تشملهما معاً غاياتها كالبيع، أو يكون لها غرض آخر كالحفظ في عقد الإيداع، فإنها يمكن أن ترد على كلا النوعين المشروحين من الأموال، فتصح في الأموال الاستهلاكية والاستعمالية على السواء.

الفصل السادس عشر

في المال المنقول وغير المنقول

معنى المنقول والعقار بالنظرين الفقهي والقانوني ـ تحول المنقول إلى عقار، وبالعكس ـ تقسيم الأراضي، وأهم أحكامها فقهياً وقانونياً ـ ثمرات تقسيم المال إلى منقول وغير منقول في الأحكام المدنية.

١٦/ ١ ـ وينقسم المال أيضاً من وجه رابع إلى **منقول، وغير منقول**.

ـ فالمنقول هو كل مال يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر، ويشمل النقود والعروض والحيوان ونحوها من القيميات والمثليات. ويدخل فيه السفن والطائرات والسيارات اليوم.

ـ وغير المنقول هو العقار، وهو ما لا يمكن نقله وتحويله من محل إلى آخر (المجلة/ ١٢٨ و١١٩):

والعقار عند الفقهاء الحنفية، في الأصل، هو الأرض مجردة أو مبنية (رد المحتار من كتاب الوقف عن فتح التقدير).

فالبناء والشجر ولو كانا قائمين على الأرض يعتبران في المذهب الحنفي من المنقولات. ولذلك لا يجري فيهما حق الشفعة إذا بيعا منفردين عن الأرض، لأن حق الشفعة مقصور على العقار (المجلة /١٠١٩و ١٠٢٠).

وكذا لا يصح وقفهما دون الأرض في مكان لم يتعارف فيه الناس وقف البناء والشجر وحدهما لأن الوقف لا يجري إلا في العقار وفي المنقول المتعارف وقفه (الدر المختار، ورد المحتار من كتاب الوقف).

غير أنهم يلحقون البناء والشجر بالعقار حكماً على سبيل التبعية له في التصرف الوارد على العقار بما فيه من بناء أو شجر. فلو بيعت دار أو أرض مشجرة يتناول حق الشفعة البناء والشجر مع الأرض (المجلة/ ١٠٢٠).

ومعنى هذا أن البناء والشجر في النظر الفقهي لهما اعتباران: فهما، بانفرادهما عن الأرض، يعتبران من المنقولات؛ وهما، مع الأرض، عقار بالتبعية.

والاجتهاد المالكي يعتبر البناء والغراس القائمين من العقارات، لأنهما متصلان بالأرض اتصال قرار وغير قابلين للنقل مع البقاء على شكلهما، بل يتغيران من حال إلى حال، فيصبح الشجر حطباً، والبناء أنقاضاً. فالمحافظة على صفتهما بلا ضرر أو خلل تقتضي ثبات أعيانهما. وهذا الثبات يوجب أن يعتبرا عقاراً كالأرضين[1] (ر: الشرح الكبير، باب الشفعة، وكتاب: الملكية ونظرية العقد للأستاذ أبي زهرة ف/ ١٠).

---

(١) النظر القانوني الحديث يتجه إلى توسيع نطاق الصفة العقارية عن حدوده الفقهية.
فبينا لا يعتبر الفقهاء عقاراً بذاته سوى الأرض نجد المادة الأولى من نظام الملكية العقارية السابق لدينا تقسم العقارات إلى ثلاثة أنواع: عقارات بذاتها، وعقارات بالنظر إلى غايتها، وعقارات معنوية.
وتجعل من النوع الأول ـ أي من العقارات بذاتها ـ كل ما له موقع ثابت حتى النباتات المتأصلة في الأرض، والأبنية. وتفسر الأبنية بكل ما جمع من مواد البناء فشد بعضه إلى بعض بصورة ثابتة على ظاهر الأرض أو في باطنها.
وهذا موافق للاجتهاد المالكي المبين أعلاه.
وتجعل من النوع الثاني ـ أي عقارات بالنظر إلى غايتها ـ كل ما يوجد في عقار زراعي أو صناعي مما يتعلق باستثماره، حتى السمك في الغدران، والسماد المخصص للأرض.
وتجعل من النوع الثالث (المعنوي) حقوق الارتفاق والتأمينات، حتى الدعاوى المقامة في المحاكم على العقارات الذاتية!!
ثم جاءت المادتان/ ٨٤ و٨٥/ من القانون المدني السوري فأقرتا هذا التفصيل دون تقيد بهذه الأسماء.
وكل شيء محتمل، إلا جعل الدعوى بالعقار عقاراً! فهذا من المباينات البعيدة في أساليب التصور بين الفقه الإسلامي والأجنبي، فإن نظام الملكية العقارية هذا قد أصدره المفوض الفرنسي في عهد الانتداب مستمداً من التشريع العقاري الفرنسي.
وقد عرف القانون المدني العراقي العقار بقوله: =

١٦/ ٢ ـ تحول المنقول إلى عقار وبالعكس:

يتضح مما تقدم أن المنقول قد يصبح في الاعتبار الفقهي كالعقار عن طريق التبعية؛ كالبناء والشجر في معية الأرض.

ويعتبر من البناء كل ما يوضع في العقار متصلاً به اتصال قرار، كالأبواب والأقفال المسمورة وتمديدات الماء والكهرباء اليوم ـ بخلاف المصابيح الكهربائية فإنها لا توضع برسم القرار ـ وكأجران الحمام والسلالم المثبتة ونحوها.

فكل ذلك بمجرد اتصاله بالعقار يصبح كالعقار اعتباراً، وتجري عليه أحكام العقار التي سنراها قريباً، ويدخل تبعاً في بيع العقار الذي هو فيه، باعتبار أنه جزء منه وإن لم ينص في العقد على دخوله (ر: المجلة/ ٢٣٢).

وبالعكس قد يتحول العقار إلى منقول، وذلك كالأجزاء التي تنفصل عن الأرض مما يستخرج من المناجم والمقالع من معدن وفحم وحجر وتراب ونحوه. ومثل ذلك أنقاض البناء المهدوم.

فكل ذلك بمجرد فصله عن الأرض وإعداده للنقل تنسلخ عنه صفة العقار وأحكامه، ويلتحق بالمنقولات وتجري عليه أحكامها.

أولاً: التقسيم الفقهي للأراضي

١٦/ ٣ ـ الفقهاء إنما يقسمون الأراضي باعتبارين: بحسب عائديتها، وبحسب نوع الضريبة المفروضة عليها شرعاً.

١٦/ ٤ ـ (أ) تقسيم الأراضي فقهياً بحسب عائديتها:

تنقسم الأراضي فقهياً بحسب عائديتها إلى ستة أنوع وهي:

= **«العقار هو كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف، فيشمل الأرض والبناء والغراس».**

وجاء فيه أيضاً أنه:

«يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في عقار مملوك له رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله».

الأراضي المملوكة، والموقوفة، والمتروكة، وأراضي المملكة، والأراضي الموات[١]**، وأراضي الحوز.**

١ ـ **فالمملوكة**: هي ما دخلت في الملكية الفردية بسبب من أسباب الملكية.

وهذه يتمتع منها أربابها بكل مزايا ملكية العين.

٢ ـ **والموقوفة**: هي ما وقفها مالكوها فحجزت عن التمليك والتملك والرهن، ورصد ريعها لجهةٍ وقف ذلك الريع عليها.

وهذه تستغل وتصرف غلتها لما وقفت عليه، وتبقى وقفاً أبداً، إلا أن تستبدل استبدالاً بوجه شرعي، فيحل بدلها محلها.

٣ ـ **والمتروكة**: هي الأراضي القريبة من العمران تترك لمصلحة الأهالي مرعى؛ أو محتصداً، أو محتطباً (المجلة/ ١٢٧١).

وهذه تكون لمجموع أهل القرية، تبقى لمصالحهم، ولا يجوز لبعضهم استملاكها أو الاستئثار بها.

٤ ـ **وأراضي المملكة**: هي التي بقيت لبيت المال بعد التوزيع على الفاتحين، أو آلت إليه بانقراض مالكيها وانحلال ملكيتها، ولذا تسمى أيضاً: «**أراضي بيت المال**» وهي التي سميت أخيراً في القوانين **بالأراضي الأميرية**.

وإن التصرف بهذه الأراضي يعود شرعاً إلى السلطان فهو يتصرف بها وفقاً **للمصلحة العامة**. ولا يجوز أن يمنح منها منحاً بحسب هواه، أو يقطع منها من يشاء ما يشاء إقطاعاً[٢] كيفياً بحسب قربه منه أو رضاه عنه.

٥ ـ **والموات**: هي الأراضي التي ليست ملكاً لأحد ولا متروكة، وهي بعيدة عن أقصى العمران بحيث لا يصل منه إليها صياح الإنسان **الجهوري الصوت** (المجلة/ ١٢٧٠).

---

(١) **الموات**: بفتح الميم وزان «سحاب».

(٢) في المصباح: «أقطع الإمام الجند البلد إقطاعاً: جعل لهم غلتها رزقاً».

وهذه للدولة ليست ملكاً لأحد. ويجوز للسلطان **أن يأذن إذناً خاصاً** لمن يرغب من الناس ويتعهد بإحياء شيء منها بالتعمير أو الزراعة أو بالحرث والسقي ونحوه، على أن يملك رقبته أو منفعته فقط. فمن أحيا منها شيئاً كذلك فإنه يملك رقبة ما أحياه أو منفعته فقط بحسب الإذن السلطاني (المجلة/ ١٣٧٢).

٦ ـ **وأراضي الحوز**: هي المملوكة التي عجز أصحابها عن زراعتها وأداء ضريبتها الخراجية الآتي بيانها، فتركوها للدولة لتكون منافعها جبراً لضريبتها. (قانون العدل والإنصاف لقدري باشا، م/ ٥١).

وهذه تبقى رقبتها على ملك أربابها، وتستغلها الدولة لقاء خراجها فلا يجوز للسلطان بيعها أو وقفها ما دامت حوزاً قبل أيلولة رقبتها إلى بيت المال بسبب شرعي.

٥/١٦ ـ (ب) تقسيم الأراضي فقهياً بحسب نوع ضريبتها:

وتنقسم الأراضي فقهياً أيضاً بحسب **نوع الضريبة** المطروحة عليها إلى نوعين: أراض عشرية؛ وأراض خراجية.

أ ـ **فالأراضي العشرية**: هي التي تخضع لضريبة «**العشر**»، أي يؤخذ لبيت المال عشرة في المائة من محصولها الزراعي.

ب ـ **والأراضي الخراجية**: هي التي تخضع لضريبة «**الخراج**» وهي ضريبة مالية على الأرض، متروك تقديرها للسلطان بحسب حالة المكلف والأرض، غير مقيدة بمقدار العشر.

والخراج نوعان: خراج مقاسمة، وخراج وظيفة.

١ ـ **فخراج المقاسمة**: هو ما يؤخذ مما تخرجه الأرض عيناً، أي أنه جزء من الخارج نظير العشر، وإنما يختلف عن العشر في المقدار والمصرف.

ـ فالعشر معتبر من قبيل الزكاة، ومصرفه هو مصارف الزكاة.

ـ أما خراج المقاسمة فيتجاوز العشر. وأن حده الأعلى نصف الخارج فلا يجوز أن يتجاوزه. ويصرف في المصارف العامة للدولة.

٢ ـ **وخراج الوظيفة**: أو الخراج الموظف: هو ما يوظف، أي يرتب، من المال سنوياً على الأرض متعلقاً بذمة صاحبها المكلف لا بعين المحصول. فيؤخذ منه ولو عَطَّل الأرض وأهمل استغلالها؛ كما لو فرض على كل مساحة فدان من الأرض دراهم محدودة أو مقدار من القمح ونحوه يؤديه إلى بيت المال.

١٦/ ٦ ـ هذا، وإن كلاً من الأراضي العشرية والخراجية هي من قسم الأراضي المملوكة، فهي مملوكة الرقبة لأربابها في الأصل.

فإذا انقرض مالكوها وورثتهم حتى آلت إلى بيت المال أصبحت من أراضي المملكة، فتعطى للمستثمرين بالأجرة فتكون هذه الأجرة هي حظ بيت المال منها، فلا يؤخذ بعدها عشر ولا خراج، كما في أراضي الحوز.

ولذا يعتبر متأخرو الفقهاء أراضي المملكة وأراضي الحوز نوعاً ثالثاً مأجوراً، لا عشرياً ولا خراجياً.

وقد اعتبر متأخرو الفقهاء أراضي الشام ومصر من هذا القبيل، أي من أراضي المملكة، لانقراض مالكيها الأصليين (ر: البحر، وفتح القدير، والدر المختار، باب العشر والخراج).

وأما تعيين أنواع هذه الأراضي أيها يكون عشرياً وأيها خراجياً فهو مبين في باب العشر والخراج من الكتب الفقهية.

هذه خلاصة إجمالية عن التقسيم القديم للأراضي في الفقه الإسلامي.

ثانياً: التقسيم القانوني للأراضي

١٦/ ٧ ـ رأينا أن أراضي المملكة هي ما كانت رقبتها لبيت المال، فللإمام حق التصرف فيها بحسب المصلحة، لأن من القواعد: **«أن التصرف على الرعية منوط بالمصلحة»** (المجلة/ ٥٨).

وقد أقر متأخرو الفقهاء إعطاء هذه الأراضي إلى الناس كي يعمروها ويستثمروها لقاء أجر حتى لا تتعطل، كما أقروا أن لا تنزع من أيديهم ما داموا

يؤدون ما عليها. وجوزوا لهؤلاء المتصرفين بها أن يفرغ أحدهم عن حقه لغيره لقاء بدل أو مجاناً، ولكن بإذن السلطان، لأن رقبتها لبيت المال فهي **«كالعواري في يد الرعايا»** (ر: تنقيح الحامدية باب مشد المسكة، ٢/ ١٨٧).

فاعتبروا المتصرف بها كالمستأجر على أساس حق القرار مدى الحياة وفراغه كإيجار منه لغيره إلى مدة أوسع، فيشترط فيه إذن السلطان.

ولتشتت أحكام الأراضي في المراجع الفقهية، ولأن أراضي المملكة التي سميت أميرية إنما يعود الأمر فيها شرعاً إلى السلطان، رأى السلطان سليمان القانوني حاجة إلى تقنين أحكامها وضبطها؛ فأصدر قانوناً للأراضي جمع فيه أحكامها مستمدة من الشريعة، فكان هذا أول قانون في الحكومة العثمانية. ثم تتابعت بعده القوانين

وتلك القوانين العثمانية **زمرتان**:

أ ـ فمنها ما يتضمن أقسام الأراضي وأحكامها العامة.

ب ـ ومنها ما يتضمن حقوق وحدود انتقال التصرف بالأراضي الأميرية إلى ورثة المتصرف عند وفاته، أي إرث التصرف.

أ ـ الزمرة الأولى من القوانين العثمانية حول الأراضي:

٨/١٦ ـ فأما الزمرة الأولى من تلك القوانين، وهي التي تعالج الأحكام العامة للأراضي في العهد العثماني فقد كان آخرها قانونان عامان:

أحدهما: **«قانون الأراضي»** العثماني الصادر في ٧ رمضان/ ١٢٧٤هـ، وهذا القانون قد قسم الأراضي في المملكة العثمانية إلى نفس الأقسام الشرعية السالفة البيان، أي إلى: مملوكة، وموقوفة، وأميرية، ومتروكة، وموات؛ كما قسم المملوكة إلى أربعة أقسام، منها العشرية والخراجية.

وقد اعتبرت المادة الأولى منه أراضي بلاد الشام خراجية مملوكة لأصحابها في الأصل، ولكنها آلت نهائياً إلى بيت المال لانقراض معظم

أصحابها فأصبحت أميرية كما عليه رأي متأخري الفقهاء على ما سلف بيانه.

وقد أتى هذا القانون بأحكام لكل نوع من أنواع هذه الأراضي إجمالاً، وللأميرية منها بصورة خاصة تفصيلاً.

وقد منع هذا القانون المتصرفين في الأراضي الأميرية من الحفر فيها أو صنع اللبن والآجر ونحوهما من تربتها إلخ.. وأكدت المادة/ ٣٦/ منه عدم صحة الفراغ عن التصرف في الأرض الأميرية إلا بإذن مأمور الطابو (أي مأمور السجل العقاري).

وثانيهما: «قانون التصرف بالأموال غير المنقولة» الصادر في ٥ جمادى الأولى سنة ١٣٣١هـ، الذي جاء بتوسيع حقوق المتصرفين بالأراضي الأميرية، وسوغهم كثيراً مما كان ممنوعاً عليهم، وجعل إجراء جميع المعاملات المتعلقة بالتصرف فيها منحصراً بدائرة الدفتر الخاقاني الذي هو السجل العقاري العام.

وبمقتضى هذين القانونين المذكورين أصبح الإذن السلطاني المشروط لصحة الفراغ عن التصرف في الأراضي الأميرية ببدل أو مجاناً يعتبر حاصلاً بمجرد إجراء معاملة الفراغ لدى مأمور السجل العقاري وتسجيله إياها دون حاجة إلى إذن خاص من السلطان كما كان من قبل. وليس للمأمور الموظف أن يمتنع عن إجراء التسجيل.

ونصت المادة /٨/ منه على **عدم جواز وقف الأراضي الأميرية ولا الوصية بها من قبل المتصرفين فيها**، لأنهم لا يملكون رقبتها.

٩/١٦ ـ قانون الأراضي الجديد ذو الرقم/ ٣٣٣٩.

ظلت هذه القوانين العثمانية في أحكام الأراضي معمولاً بها في سورية إلى سنة ١٩٣٠م حيث أصدر المفوض الفرنسي في عهد الانتداب الفرنسي قانون الأراضي الجديد الذي سمي أيضاً: «نظام الملكية العقارية» ذا الرقم /٣٣٣٩/ فحل محلها، ونظم أحكام جميع أنواع الملكية والحقوق العقارية لا الأراضي فقط، وأدخل مبدأ مرور الزمن المكسب في العقار.

وقد خولت المادتان/ ١٥ ـ ١٦/ منه صاحب حق التصرف في الأراضي الأميرية أن يستغلها ويستحق كل ما يتحد بها اتحاداً تبعياً، طبيعياً كان أو اصطناعياً، وأن يتصرف بها بملء حريته، وأن يبني فيها ما يشاء، ويحفر إلى العمق الذي يشاء وأن يستخرج منها مواد البناء دون غيرها من سائر المنتوجات كالمعادن والدفائن والفحم الحجري، وذلك ضمن الحدود والقيود التي توجبها القوانين والأنظمة الأخرى.

وكذلك سوغت المادة/ ١٧/ منه صاحب حق التصرف في الأراضي الأميرية أن يجري عليها ما يشاء من أعمال التصرف ما عدا الوقف، فأصبحت الوصية بالأرض الأميرية جائزة بمقتضاه، وفاقاً للحكم الشرعي الذي يسوغ الوصية بالمنافع، لأن حق التصرف بالأرض الأميرية هو من قبيل المنفعة دون الرقبة.

هذا، وإن المادة / ٢٧٠/ من القانون ذي الرقم / ٣٣٣٩/ المذكور المصححة بالقرار ذي الرقم / ١٣٥ ل ر/ الصادر في ٢٢ حزيران سنة ١٩٣٤م، جاءت تنص على إلغاء قانون التصرف بالأموال غير المنقولة العثماني الصادر في ٥ جمادى الأولى سنة ١٣٣١هـ بكامله، وعلى إلغاء جميع «قوانين الأراضي» العثمانية والإرادات السنية، وأحكام المجلة في جميع المواد التي هي موضوع بحث في هذا القانون الجديد؛ فبقي المعمول به من تلك الأحكام السابقة كل ما لم يبحث فيه هذا القانون الجديد ولا يخالفه.

ثم جاء أخيراً القانون المدني السوري الجديد سنة ١٩٤٩م، فأدمجت فيه نصوص قانون الملكية العقارية المذكور ذو الرقم/ ٣٣٣٩/ بكامله سوى تعديلات جديدة طفيفة كإلغاء حق الشفعة ـ الذي كان يقره قانون الملكية العقارية المذكور ـ إلغاء تاماً نهائياً.

١٦/ ١٠ ـ التقسيم المعمول به اليوم في سورية:

إن تقسيم الأراضي، بالنظر القانوني المعمول به لدينا اليوم قد تناولته المادة/ ٨٦/ من القانون المدنى (يقابلها المواد/ ٥ ـ ٩/ من قانون الملكية

العقارية)، فقسمت العقارات ـ أي الأراضي ـ إلى خمسة أقسام، كما يلي:

١ ـ **العقارات المملوكة**: وهي الأراضي الواقعة داخل مناطق الأماكن المبنية بحسب التحديد الإداري لتلك المناطق.

٢ ـ **العقارات الأميرية**: وهي الأراضي التي تكون رقبتها للدولة، ويجوز أن يجري عليها حق «تصرف».

٣ ـ **العقارات المتروكة المرفقة**: وهي التي تخص الدولة ويكون لجماعة عليها حق استعمال، تعين مميزاته واتساعه وفقاً للعادات المحلية والأنظمة الإدارية ـ أي كالأراضي المتروكة لمصالح القرى ـ.

٤ ـ **العقارات المتروكة المحصية**: وهي التي تخص الدولة أو البلديات وتكون جزءاً من أملاك الدولة.

٥ ـ **الأراضي الموات**: أو (العقارات الخالية المباحة)، وهي الأراضي الأميرية التي تخص الدولة إلا أنها غير معينة ولا محددة أي لم ينشأ عليها لأحد حق تصرف؛ بخلاف الأراضي الأميرية بمعناها المطلق فإنها أراض زراعية معينة محددة.

وهذه الأراضي الموات يجوز لمن يشغلها قبل غيره أن يستحصل بإذن من الحكومة على حق أفضلية له فيها، أي حق رجحان وأولوية في التصرف فيها وفقاً للشرائط المعينة في أنظمة أملاك الدولة.

وغني عن البيان أن التقسيم القديم الفقهي للأراضي بحسب نوع الضريبة إلى أراض عشرية وخراجية قد زال نظرياً وعملياً في بلادنا بمقتضى نظام الملكية العقارية السابق، ثم بالقانون المدني الحالي والأنظمة المالية في ضريبة الأراضي التي استبدلت بها لدينا أخيراً ضريبة الإنتاج الزراعي.

وقد كان ذلك التقسيم إلى عشرية وخراجية مرعياً في قانون الأراضي العثماني الآنف الذكر، إذ عدت فيه الأراضي العشرية والخراجية فروعاً من الأراضي المملوكة.

ب ـ الزمرة الثانية من القوانين العثمانية حول الأراضي:

١٦/ ١١ ـ أما الزمرة الثانية من قوانين الأراضي، وهي التي تتضمن انتقال التصرف في الأراضي الأميرية بالإرث، فقد بدأت أيضاً بالقانون الأول العثماني الآنف الذكر الذي أصدره السلطان سليمان. فإنه لم يجعل فيه لأحد من ورثة المتصرف في الأراضي الأميرية حق انتقال، بل تعود الأرض بوفاة المتصرف إلى بيت المال بناء على أنه في حكم المستأجر سنوياً، فإجارته تنفسخ في المذهب الحنفي شرعاً بموته.

وإنما أقر لأولاد المتصرف بعد وفاته **حق أولوية في استئجارها ببدل المثل**.

وهذه الأولوية في الاستئجار كانت تسمى: **«حق الطابو»**.

ثم تتابعت بعد ذلك قوانين وأنظمة كثيرة وُسّع فيها أولاً انتقال «حق الطابو» هذا إلى غير الأولاد. ثم آل ذلك إلى تقرير انتقال في حق التصرف بالأرض الأميرية مجاناً إلى الورثة، على ترتيب ونظام يختلف عن ترتيب الإرث الشرعي في الأملاك الحرة، ويتساوى فيه الذكر والأنثى، باعتبار أن هذا الانتقال النظامي منحة للمتصرفين يعود للإمام صاحب السلطة العامة على هذه الأراضي حق توزيعها وترتيبها، كحق الواقف في فرض توزيع غلة وقفه كما يشاء، وليس إرثاً بالمعنى الشرعي.

١٦/ ١٢ ـ قانون انتقالات الأموال غير المنقولة:

وآخر قانون في ذلك هو القانون الجديد المعروف باسم **«قانون انتقالات الأموال غير المنقولة»** المؤرخ في ٢٧ ربيع الأول سنة ١٣٣١هـ = ٢١ شباط ١٩٢٧م[١].

وقد جعلت فيه درجات الانتقال ثلاثاً تحجب كل منها ما بعدها، وهي:

أولاً: فروع المتوفى.

---

(١) الناس يسمون قواعد انتقال التصرف في الأراضي الأميريّة، بمقتضى هذا القانون: بالإرث النظامي (مقابلاً للإرث الشرعي في الأموال الأخرى)، وهي تسمية غير صحيحة مخالفة لمبنى هذا القانون وتخريجه الفقهي الذي أجازته به المشيخة الإسلامية في الدولة العثمانية.

ثانياً: أبوا المتوفى، وفروعهما.

ثالثاً: أجداده وجداته، وفروعهم.

وجعل للزوج أو الزوجة مع أهل الدرجة الأولى الربع، ومع أهل الثانية والثالثة النصف.

وقد أقرت في هذا القانون أمور أهمها ما يلي:

١ ـ جعل نظام انتقال التصرف بالوفاة واحداً في الأراضي الأميرية وفي حق القرار المنشأ على عقار الوقف بطريقة الإجارتين (ر: ف ٤/٣و ٧).

وقد كانت طريقة الانتقال قبلاً في حق الإجارتين على العقارت الموقوفة مختلفة عن طريقة الانتقال في حق التصرف بالأراضي الأميرية وأضيق منها.

٢ ـ ساوى في النصيب بين ذكور الأولاد وإناثهم كما ساوى بين الزوجين في النصيب.

٣ ـ أقر قاعدة **الخَلَفية والتمثيل**، وهي أن يعتبر المتوفى عند وصول الحق إلى درجته ممثلاً بولده الذي يخلفه، فيقوم الأولاد مقام أبيهم فيستحقون نصيبه الذي يستحقه لو كان حياً مع وجود أعمامهم الذين هم أعلى طبقة.

وعليه إذا مات أحد أولاد المتصرف بالأرض الأميرية عن أولاد ثم مات والده المتصرف، فإن الحفدة يستحقون نصيب أبيهم المتوفى من تركة جدهم الذي توفي بعد أبيهم، ولا يكونون محجوبين بأعمامهم كانحجابهم بهم في الإرث الشرعي المعتبر في الأملاك العادية. وهذه المسألة هي المعروفة بين الناس بمسألة «**ابن المحروم**»[1] عالجها هذا القانون في إرث التصرف بالأراضي الأميرية.

---

(١) يلحظ في هذا المقام أنه أقر أخيراً في مصر قانون جديد للوصية عدلت فيه مسألة ابن المحروم في الإرث الشرعي العام عن طريق إيجاب وصية إجبارية لأولاد أحد الإخوة المتوفى قبل أبيه بمبلغ في تركة جدهم يعادل ميراث أبيهم منه لو كان أبوهم حياً عند وفاة جدهم على أن لا يتجاوز ثلث التركة، وذلك بالاستناد إلى بعض الاجتهادات =

ولا يزال هذا القانون معمولاً به في سورية إلى اليوم.

هذه خلاصة متسلسلة هامة عن أقسام الأراضي وأسمائها وأحكامها الأساسية شرعاً وقانوناً، تلقي نوراً على تطورها ومراحله، وتعين على فهم ما يصادفه الباحث والطالب من أسمائها المختلفة وأنواعها في شتى المناسبات، فيدرك قديمها من حديثها، وناسخ أحكامها لدينا من منسوخها[١].

١٦/١٣ ـ ثمرات التمييز بين العقار والمنقول:

إن ثمرة التمييز بين المنقول والعقار من الأموال لم تكن، في الأحكام الفقهية الأصلية، بالمكانة التي لها اليوم في ظل التشريع القانوني. فلم يكن هناك من تفاوت أساسي بين ما يتعلق بالمنقول وما يتعلق بغير المنقول من الأحكام إلا في بعض أمور وحقوق ناشئة عن طبيعة العقار تجري فيه ولا تجري في غيره، كحق الشفعة وحقوق الجوار والارتفاق، وكأحكام غصب العقار بناء على اختلاف الفقهاء في إمكان غصب العقار وعدمه.

أما بعد وجود التشريع العقاري القانوني في سورية وتأسيس التشكيلات العدلية التي تعددت بمقتضاها المحاكم واختلفت وظائفها واختصاصاتها منذ العهد العثماني إلى اليوم، فقد أصبح للتفريق بين المنقول والعقار ثمرات هامة

= الإسلامية في الوصية الإجبارية للأقارب. وهكذا عولجت في مصر قضية **«ابن المحروم»** عن طريق **الوصية الإجبارية**.

ثم صدر لدينا في سنة/١٩٥٣م قانون الأحوال الشخصية ـ وكنت أنا أحد أعضاء اللجنة التي كلفت وضعه ـ فتبنى هذا القانون لدينا تدبير الوصية الإجبارية الذي سلكته مصر مع تعديل يسير وجدناه ضرورياً. وهكذا زالت من الوجود لدينا قضية **ابن المحروم** ومشكلتها.

(١) ترى مراجع هذه الخلاصة وتفاصيل الأحكام في باب العشر والخراج وكتاب الوقف من رد المحتار وغيره من الكتب الفقهية، وفي نصوص قوانين الأراضي العثمانية المشار إليها آنفاً، وكتاب أحكام الأراضي للأستاذ الكبير شاكر بك الحنبلي، وأحكام الأراضي أيضاً للأستاذ المحامي دعيبس المر، وفي نظام الملكية العقارية السابق لدينا ذي الرقم/ ٣٣٣٩/ ، وفي القسم الثاني من القانون المدني الذي أدمجت فيه نصوص نظام الملكية العقارية المذكور وفي جانب من مقدمته أيضاً.

ولا سيما في الأمور الشكلية، كاختصاص المحاكم ووجوب تسجيل العقود والحقوق العقارية في السجل العقاري.

وإننا سنجمل فيما يلي ذكر النتائج الناجمة عن التفريق في الأموال بين المنقول والعقار في الأحكام الفقهية الأصلية، وفي الأحكام القانونية.

١٦/ ١٤ ـ (أ) في الأحكام الفقهية:

١ ـ إن الشفعة تجري في العقار ولا تجري في المنقول ولو كان هذا بناء مبنياً أو شجراً مغروساً، إلا تبعاً للعقار كما تقدم.

ومثل الشفعة في ذلك بيع الوفاء، فإنه يختص بالعقار دون المنقول على أرجح الآراء الفقهية[1] (ر: الدرر أواخر البيوع ورد المحتار، ٤/ ٢٤٨).

٢ ـ إن الوقف أيضاً إنما يصح في العقار دون المنقول إلا إذا وقف المنقول مع العقار الذي هو تبع له، أو كان من المنقولات التي جرى العرف والتعامل على وقفها منفردة، كالمصاحف والكتب وأدوات حمل الموتى.

وكذلك الحقوق العينية الطارئة على الوقف، أي حقوق القرار المعروفة بأسماء مختلفة كالحكر والإجارتين والمرصد والكدك إلخ..، لا تجري في الموقوف من المنقولات وإنما تختص بالعقار الموقوف كما تقدم.

٣ ـ إن المنقول المبيع لا يصح من المشتري أن يتصرف فيه ببيع ونحوه قبل قبضه. أما العقار المبيع فيصح تصرف المشتري فيه قبل قبضه (المجلة / ٢٥٣).

والعلة في ذلك أن البيع يبطل بهلاك الشيء المبيع قبل التسليم، والمنقول عرضة للتلف، فتداول الحقوق عليه قبل استقرار ملكية المشتري

(١) يلحظ هنا أن بيع الوفاء أصبح ممنوعاً وعقده باطل بمقتضى المادة /٤٣٣/ من القانون المدني لدينا.

بالقبض هو غرر وتسرع يعرض تلك العقود والحقوق اللاحقة للبطلان والضياع إذا هلك المبيع في يد بائعه الأول[١].

٤ ـ حقوق الجوار والارتفاق تتعلق بالعقار ولا تتعلق بالمنقول.

٥ ـ المنقول يمكن غصبه بلا خلاف بين الفقهاء وتترتب على الغاصب أحكام الغصب المقررة في محلها.

أما العقار فمن الفقهاء من يرى أنه غير قابل للغصب، إذ لا يمكن نقله وتحويله. وهذا رأي الإمامين أبي حنيفة وأبي يوسف.

ومنهم من يرى قابليته للغصب، وهذا رأي محمد، وهو الراجح الذي اعتمدته المجلة (ر: م/ ٩٠٥ ـ ٩٠٩)[٢].

---

(١) إن نصوص القانون المدني، وقبله المادة/ ٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني لدينا يقتضي عمومها صحة بيع المنقول قبل القبض.

(٢) وجهة نظر الإمامين في عدم جريان الغصب في العقار أن الغصب المتصور فيه ليس في الحقيقة غصباً للعقار بل هو إقصاء لصاحبه عنه، كمن يقصي الراعي عن مواشيه، والغصب لا يتحقق إلا بإزالة يد المالك عن ماله بفعل يقع من الغاصب على المال ولا يكون هذا إلا بالنقل والتحويل، والعقار لا يتصور فيه ذلك.

ووجهة نظر الإمام محمد في إمكان غصب العقار أن الغصب يتحقق بمجرد إزالة يد المالك عن ماله، ولا يشترط أن تكون تلك الإزالة بفعل في المال. وهذه الإزالة فيما يحتمل النقل إنما تكون بالنقل والتحويل، وفيما لا يحتمله تتحقق بإخراج المال عن أن يكون منتفعاً به في حق المالك، أو بإعجاز المالك عن الانتفاع به. وبهذا يتحقق الغصب في العقار كما في المنقول.

وثمرة الخلاف في إمكان غصب العقار تظهر في عدم التزام الغاصب بضمان قيمته إذا هلك في يده على الرأي الأول، والتزامه بالضمان على الرأي الثاني.

وعلى هذا: لو غصب إنسان عقاراً فجاء آخر فأتلفه فالضمان على المتلف فقط عند الشيخين (أبي حنيفة وأبي يوسف)، لأن الغصب لم يتحقق فانفرد الإتلاف بالاعتبار.

وعند محمد يتخير المالك بين تضمين الغاصب وتضمين المتلف. فإذا اختار تضمين الغاصب يرجع هذا على المتلف بما ضمنه لأنه يملكه الغاصب بضمان قيمته ملكاً مستنداً إلى تاريخ الغصب، أي يكون لملكه بالضمان أثر رجعي، فيكون الإتلاف قد وقع على ماله. (ر: بدائع الصنائع، كتاب الغصب ٧/ ١٤٣ و ١٤٦ و ١٤٨، والهداية أيضاً، وغيرهما).

٦ ـ عقار القاصر لا يجوز للولي أو للوصي بيعه إلا بإذن القاضي في حالات محدودة ومعدودة مبينة في الكتب الفقهية، وفي قانون الأحوال الشخصية، وكلها من حالات الضرورة وهذا المنع لأن بقاء عين العقار أصون من حفظ ثمنه.

أما أموال القاصر المنقولة فيجوز بيعها وحفظ ثمنها.

١٦/ ١٥ ـ (ب) في الأحكام القانونية:

١ ـ في ظل الأحكام القانونية في سورية تخضع العقارات والحقوق العينية فيها والتصرفات المتعلقة بها للنظم والأحكام العقارية الخاصة، ومن أهمها مبدأ «**علانية العقود**» الذي يقضي بوجوب تسجيلها في السجل العقاري، واعتبار جميع العقود التي تعقد دون تسجيلها في السجل العقاري عديمة الأثر ولا حجة فيها على الأشخاص الثالثين (غير العاقدين) إلا من تاريخ تسجيلها في السجل العقاري، كما هو مفصل في مواضعه من القوانين العقارية، وخصوصاً لدينا المادة/ ٢٠٤/ من نظام الملكية العقارية ذي الرقم /٣٣٣٩/ (التي أصبحت المادة /٨٢٥/ في القانون المدني)، وكذا المادة/ ١١/ من القرار ذي الرقم /١٨٨/ المتعلق بالتسجيل العقاري.

أما المنقولات فتخضع مباشرة للأحكام المدنية العامة لا لنظام خاص، ولا يشملها مبدأ العلانية، فلا يجب في عقودها التسجيل[١]. حتى أنه في العقد الواحد كالرهن:

ـ إذا كان المرهون **عقاراً** يكون تابعاً لأحكام الرهن في القانون العقاري: فيتم رهنه بمجرد وضع إشارة الرهن في صحيفة العقار من السجل العقاري

---

(١) على أنه قد يفرض قانوناً لزوم التسجيل في عقود المنقولات على سبيل الاستثناء لاعتبارات تقضي بها المصلحة العامة الزمنية في نظر الحكومة، كما في السيارات اليوم؛ فإن بيع السيارة يجب تسجيله في السجل المخصوص في إدارة المواصلات، والعبرة لقيود هذا السجل في تعيين المكلف القانوني بالضريبة المالية عليها، فالرسوم المالية المفروضة عليها تستوفى من صاحب الملكية الرسمية المسجلة باسمه.

دون حاجة إلى قبض، ولا يسقط الدين بهلاكه وهو مرهون؛ خلاف المقرر من شرائط الرهن وأحكامه الشرعية في نظر الفقهاء.

ـ وإذا كان المرهون مالاً منقولاً طبقت فيه أحكام الرهن العامة في القانون المدني كما يرى في موضعه من عقد الرهن.

٢ ـ قوانين الإيجار التي تعاقبت في هذه البلاد منذ سنين لتحديد حرية المؤجرين في الإيجار وفي الأجور، وتمديد عقود الإيجار للمستأجرين ومنع تخليتهم إلا بأسباب معينة رعاية لظروف زمنية باسم النظام العام، كل تلك القوانين إنما تتعلق بإيجار العقار ولا تسري على إيجار المنقولات، بل يخضع إيجار المنقولات لأحكام الإجارة العامة.

٣ ـ فيما يتعلق بأصول المحاكمات واختصاص المحاكم قد يختلف مرجع الدعوى بغير المنقول عن مرجع الدعوى بالأموال المنقولة كما هو معروف في قانون أصول المحاكمات الحقوقية.

فالمحكمة المختصة في دعوى العقار هي المحكمة التي في منطقتها يقع العقار؛ أما في دعوى المنقول فمحكمة مقام المدعى عليه.

٤ ـ عندما تلجأ دوائر التنفيذ إلى بيع أموال المدين لوفاء دين محكوم به تبدأ ببيع أمواله المنقولة بمقتضى أحكام قانون الإجراء، ولا تبيع عقاره إلا إذا لم تكف أمواله المنقولة.

٥ ـ إزالة الشيوع الجبرية كانت تختص بالعقار، ثم عممت لدينا أخيراً على المنقول المشترك تعديلاً لقانون حكّام الصلح الذي يجعل دعوى إزالة الشيوع من اختصاصهم[١].

---

(١) بعد الوحدة التي قامت بين مصر وسورية عام ١٩٥٨م سميت محاكم الصلح لدينا: «**المحاكم الجزئية**» بمقتضى قانون السلطة القضائية الجديد الموحد جرياً على الاصطلاح المتعارف في مصر.

الفصل السابع عشر

في العين والدين

١٧/ ١ ـ يتشعب البحث في هذا الفرع إلى ثلاثة مباحث:

الأول: في موقع الدين من أقسام المال، وتعريف العين والدين.

الثاني: في نتائج التمييز بين العين والدين.

المبحث الأول
موقع الدين من أقسام المال
تعريف العين والدين

١٧/ ٢ ـ المال، بالمعنى الاصطلاحي في نظر فقهاء الحنفية، لا يمكن تقسيمه إلى عين ودين، لأنه لا يكون إلا أعياناً.

فالديون في الذمم هي حقوق شخصية مملوكة لأصحابها، والتزامات على من هي في ذممهم[1].

---

(١) يعبر الفقهاء عن معنى الالتزام بوجه عام بلفظ «**الحق**»الذي يشمل عندهم جميع الحقوق المالية وغير المالية، ويتناول من الحقوق المالية الحقوق العينية والحقوق الشخصية جميعاً. (رسالة الدكتور شفيق شحاتة «نظرية الالتزام العامة في الشريعة الإسلامية» ف/ ٢٥٤).

فهم قد غلبوا لفظ «**الحق**» على ناحيتي الرابطة الالتزامية، على عكس اصطلاح نظرية الالتزامات التي غلب فيها لفظ «**الالتزام**» على الناحيتين (ر: ما تقدم ف ٥/ ١).

وقد يستعمل الفقهاء لفظ «**الواجب**» في معنى الالتزام من ناحيته السالبة أي من ناحية المكلف الملتزم، فيقولون مثلاً: «**من عليه الواجب**» للتعبير عن الملتزم.

يقول الفقهاء الحنفيون: «إن الدين هو: **وصف في الذمة**».

واختلفوا هل يعتبر ملكاً لصاحبه وهو في الذمة، أو لا يعتبر لأنه مجرد وصف شرعي؟

وقد رجحوا النظر الأول فقالوا:

«الحق إنه يملك، ولذا جازت هبة الدين للمدين وهي تمليك، واعتبر الدين المشترك من قبيل شركة الملك، حتى لو أخذ أحد الشريكين فيه من المدين شيئاً عن حصته يشاركه فيه الآخر».

(فتح القدير أول كتاب الشركة).

ونحن هنا إنما نتكلم عن الدين بمناسبة تقسيم المال، لا باعتبار أنه من أقسام المال الاصطلاحي عند الفقهاء الحنفية، بل باعتبار أن الدين يقابل العين المالية كما تقابلها المنفعة.

على أن الفقهاء قد يصفون الدين بأنه؛ **مال حكمي**[١] أي شيء اعتباري يملكه الدائن وهو موجود في ثروة المدين، فيصح أن يقال أن الدين عند الفقهاء مال من حيث المآل.

وقالوا: إن من أوصى بثلث ماله وله دين وعين يدخل الدين أيضاً في وصيته على الرأي الراجح (رد المحتار باب الوصية بثلث المال).

ومن جهة أخرى، نرى أن الديون تعتبر أموالاً في مذاهب فقهية أخرى وفي الأحكام القانونية التي تدخل في زمرة الأموال الحقوق والمنافع وكل ما تعورف تداوله بين الناس (ر: ف ١٢/ ٤).

وكذلك يجوز حجز الدين في ذمة مدين المدين لمصلحة دائن الدائن بمقتضى أحكام التنفيذ القانونية كما تحجز الأموال العينية، فيترتب عندئذ على مدين المدين أن يفرغ ذمته في يدي دائن دائنه لا في يدي دائنه.

---

(١) ر: «الأشباه والنظائر» لابن نجيم. ج٢ الفن الثالث ص٢٠٩.

١٧/ ٣ ـ تعريف العين والدين:

العين هي: **الشيء المعين المشخَّص**، كبيت، وحصان، وكرسي، وصبرة حنطة، وصبرة دراهم حاضرتين، فكل ذلك من الأعيان (المجلة/ ١٥٩).

ويفهم مما تقدم في الفقرة ١٢/ ١ وما بعدها أن الأعيان تنقسم إلى أعيان ذات قيمة فتكون مالاً، وغير ذات قيمة فلا تكون مالاً.

وذات القيمة تنقسم إلى متقومة ـ أي مباحة الانتفاع شرعاً ـ وغير متقومة، كما تنقسم إلى مثلية وقيمية، وإلى منقولة وغير منقولة.

أما الدين فهو: **ما يثبت في الذمة**، كمقدار من الدراهم في ذمة رجل (المجلة/ ١٥٨)[1].

---

(١) في هذه المادة من المجلة تعميم للفظ «**الدين**» على أحوال أخرى في اصطلاح الفقهاء إذ قالت ما نصه:
«الدين ما يثبت في الذمة كمقدار من الدراهم في ذمة رجل، ومقدار منها ليس بحاضر، والمقدار المعين من الدراهم أو صبرة الحنطة الحاضرتين قبل الإفراز، فكلها من قبيل الدين».
والمراد بالحالة الأخيرة المقدار المعين كمية على وجه الشيوع، كالنصف والربع مثلاً، لا المعين ذاتاً، بدليل قولها: «قبل الإفراز» فإن المعين ذاتاً يكون مفرزاً.
ولا يخفى إن ما سوى الثابت في الذمة هو من قبيل **الأموال المادية**، لأنه في الحقيقة أعيان.
فالنصف الشائع من مال مثلي لا يخرجه شيوع الملكية عن كونه عيناً مالية، وإنما يجعله الشيوع غير متميز عن سواه. فتسميته ديناً هو مجرد اصطلاح بسبب مثليته وعدم تمييزه، فهو داخل في الأعيان المالية، وليس هو المقصود بكلمة «**الدين**» في موضوع بحثنا، لأن بحثنا موضوعه الدين الثابت في الذمة.
فلذا لم نأخذ من تعريف المجلة للدين إلا الحالة الأولى، لأنها محل البحث في مقابل العين.
على أنهم قد يخصون العين في بعض كلامهم بالدراهم والدنانير الحاضرة دون سواها من الأعيان. ففي رد المحتار من باب الوصية بثلث المال فيما لو أوصى أحد بألف وله دين وعين ما نصه:
«قال أبو يوسف: العين الدراهم والدنانير، دون التبر والحلي والعروض والثياب. والدين كل شيء يكون واجباً في الذمة من ذهب أو فضة أو حنطة ونحو ذلك».
فهذه اصطلاحات استثنائية، والاصطلاح الفقهي العام في معنى «**الدين والعين**» هو ما اقتصرنا عليه في متن هذا الكتاب.

والدين في الفقه الإسلامي يعبر به في الأصل عن الناحية السالبة في الالتزام النقدي أو ما في حكمه، أي عن التزام الملتزم بدفع نقود وما في حكمها من الأموال المثلية التي تثبت في الذمة، كمن اقترض مثلياً أو أتلفه فإنه يكون ملتزماً بمثله ديناً في ذمته، وعليه وفاؤه من أي الأموال العينية المماثلة للثابت في الذمة (ر: ف ١٤/ ١٠).

على أنه قد يستعمل لفظ «**الدين**» للتعبير عن الناحية الموجبة في الالتزام، أي ناحية الملتزم له وهي «**الحق**» إذا كان أيضاً محل الالتزام مبلغاً من النقود أو أشياء مثلية، فيقال: **لفلان على فلان دين** أي حق مالي ثابت في ذمته.

وأغلب مصادر الديون هي تارة **العقود**، كالقرض والبيع والكفالة والصلح والنكاح، إلخ...؛ وتارة **الفعل الضار** كما في دين التعويض عن المتلفات، وضمان المغصوب[١].

المبحث الثاني

في نتائج التمييز بين الدين والعين

يترتب على التمييز بين الأعيان المالية والديون نتائج هامة في الأحكام الفقهية العملية، نشير إليها إجمالاً فيما يلي:

٤/١٧ ـ أولاً: الديون أمور اعتبارية محلها الذمم التي تشغل بالتزاماتها وليس لها وجود خارجي.

أما الأعيان المالية فهي أموال ذات وجود خارجي.

على أن الديون إنما توفى التزاماتها بدفع الأعيان المالية المثلية من جنسها في مقابلها.

---

(١) تقدم أن الفقهاء يميزون بين عنصري الالتزام بالدين، وهما: أصل الدين، والمطالبة به، وإنهما قد يجتمعان، وقد ينفك أحدهما عن الآخر، فلينظر (ف ٧/ ٤).

١٧/ ٥ ـ ثانياً: الديون لا يكون محلها إلا مالاً مثلياً.

وذلك لأن المال المثلي هو الذي يقبل الثبوت في الذمة بسبب أن له أمثالاً يمكن المطالبة بأدائها عنه عيناً.

أما الأعيان فمنها المثلي ومنها القيمي. وإن القيمي منها لا يثبت في الذمة، وإنما يتعلق الحق بعينه، وقد ينتقل الحق عن عينه إلى قيمته فتثبت عندئذ في الذمة كما تقدم (ف ١٤/ ٧).

وقد استثني من هذا العموم بعض أموال قيمية اعتبر الفقهاء لها ثبوتاً في الذمة في بعض العقود. فقد سوغوا أن تكون المصنوعات القابلة للضبط صفة ومقداراً كالثياب والأحذية والمفروشات ونحوها موضوعاً لدين، فتثبت في الذمة عندما يكون الالتزام إلى أجل، كما في بيع السلم والاستصناع.

أما الحيوان فإنه لا يكون ديناً، لتفاوته، وإنما يمكن ورود الالتزام على أفراد معينة منه، على سبيل الالتزام بالعين، أي الالتزام بتسليم عين معينة كما تقدم بيانه في بحث موضوع الالتزام (ف٧/ ٣).

على أنهم قد استثنوا المهر في عقد النكاح فأجازوا أن يكون حيواناً أو غيره من القيميات معيناً بنوعه لا بذاته، ويعتبر ديناً على الزوج، ويلزمه المتوسط من أفراد نوعه في الجودة والرداءة. (ر: الدر المختار ورد المحتار في باب المهر). والعلة في هذا التسامح أن المال ليس هو الغاية المقصودة في عقد النكاح.

١٧/ ٦ ـ ثالثاً: الديون الثابتة في الذمم لا تقبل القسمة إلا بعد أن تقبض.

وعلى هذا لا يحق لأحد الشركاء في **الدين المشترك** أن يستأثر بما قبضه من المدين في مقابل حصته، بل يكون لشركائه في الدين أن يقاسموه في المقبوض بحسب حصصهم (المجلة/ ١١٠١ ـ ١١٠٥) إذ لو اعتبر أن القابض إنما قبض حصته فقط لكان ذلك اقتساماً للدين المشترك في الذمة[1]. وهو فيها

---

(١) **الدين المشترك**: هو ما ثبت لأشخاص متعددين في ذمة آخر بسبب واحد، كالإرث، وكما لو باع اثنان مالاً مشتركاً بينهما لآخر صفقة واحدة فيكون الثمن ديناً مشتركاً =

وصف شاغل، فلا يقبل القسمة إلا بعد القبض.

٧/١٧ ـ رابعا: الديون في الذمم لا تعتبر محلاً صالحاً لعقود التمليك والمعاوضة.

فلو باع إنسان من آخر دينه الذي على ثالث فالبيع باطل، وكذا لو وهبه دينه الذي على شخص لم تجز الهبة؛ إلا أن يوكله أيضاً بقبضه، فحينئذ يقبضه من المدين بحكم الوكالة، ثم يملكه بحكم الهبة، كما تقدم (ف ٦/ ٥).

وعن هذا لم يسوغوا مخارجة أحد الورثة عن حصته من تركة لها دين، لأن هذا التخارج يشتمل على بيع الدين، وإنما يجب أن تقصر المخارجة على ما سوى حصته من الدين.

على أنه قد استثني من ذلك بيع الدين للمدين نفسه بمالٍ آخر يدفعه إلى الدائن لأنه عندئذ في معنى الوفاء.

وكذلك استثنوا هبة الدين للمدين نفسه لأنها في معنى الإبراء والإسقاط.

والقاعدة في هذا عند الفقهاء أنه «**لا يجوز تمليك الدين لغير من عليه الدين**» (الدر المختار أول فصل التخارج من كتاب الصلح).

وفي هذا تحديد من قابلية انتقال الالتزام من ناحيته الموجبة ـ أي حوالة الحق ـ ففقهاء الحنفية لم يسوغوا ذلك إلا بطريق الحوالة فقط.

فالشخص الذي له وعليه دين يستطيع أن يحيل دائنه على مدينه، ولكنه لا يستطيع أن يبيع دينه بيعاً لأحد غير المدين[(١)].

= بينهما، أما لو باعه كل منهما حصته بعقد مستقل فلا شركة بل يختص كل بدينه. وقد تقدم ذكره وبيانه في عدة مناسبات من الجزء الأول، المدخل الفقهي العام (ر: ف ٤/ ٤ و ٢٤/ ٧).

(١) وهذا المنع مبني على قاعدة سد الذرائع لأنه يصلح ذريعة إلى المراباة، كما يحصل عند حسم (خصم) الورقة التجارية لدى المصرف الذي يعجِّل لمالكها قيمتها الأسمية بعد حسم مبلغ معين (يشمل الفائدة عن المدة الباقية إلى تاريخ الأستحقاق مع عمولة التحصيل). ر: الطبعة التمهيدية لموضوع «الحوالة» في مشروع الموسوعة الفقهية الكويتية، ف ٣٧٧ ص٢٤٢. وزارة الأوقاف، ١٣٩٠هـ / ١٩٧٠م. =

وهذا ما أوهم بعض الباحثين أن حوالة الحق في الفقه الإسلامي، وخاصة في الاجتهاد الحنفي، غير جائزة كما تقدم. (ر: ف ٦/ ٢).

وقد قدمنا هناك بيان الفرق بين طريق البيع وطريق الحوالة في هذا الموضوع[١].

١٧/ ٨ ـ خامساً: عقد الحوالة لا يجري إلا في الديون دون الأعيان، لأن الأعيان، إنما تستوفى بذواتها لا بأمثالها كما تقدم.

ولكن الأعيان يمكن أن ينيب صاحبها غيره في قبضها إنابةً.

١٧/ ٩ ـ سادساً: الديون يجري فيها التقاص:

ومعناه أنه إذا ثبت للمدين عند الدائن مثل ما للدائن عليه جنساً وصفةً مع توافر شرائط مبسوطة في مواطنها من كتب الفقه امتنعت المطالبة بينهما فكأنما أصبح كل منهما مستوفياً لدينه.

أما الأعيان فلا تجري فيها المقاصة. فلو كان لكل من شخصين عند الآخر عين مغصوبة وهما متماثلتان كان لكل منهما أن يطالب الآخر بالعين التي تخصه.

١٧/ ١٠ ـ سابعاً: الديون إنما تقضى بأمثالها على سبيل التقاص، أما الأعيان فإنما تستوفى بذواتها.

(ر: رد المحتار أواخر فصل التصرف في المبيع والثمن والحط منهما، وفي أوائل باب الوكالة بالخصومة والقبض).

= والحوالة ليست بيعاً للدين، وإنما هي نقل **غير نهائي** للمطالبة به (في حوالة الحق)، أو للالتزام بأدائه (في حوالة الدين). فإن تعذر قبض الحوالة يرجع المحال على المحيل كما تقدم إيضاحه (ر: ف ٦/ ١).

(١) يجب أن يلاحظ في هذا الصدد أن نصوص القانون المدني الجديد ـ وقبله المادة/ ٦٤/ من قانون الأصول الحقوقية السابق ـ لدينا تقتضي صحة بيع الدين لغير من هو عليه في جميع صوره من مخارجه أو غيرها.
وهذا أيضاً مقتضى نصوص القانون التجاري في أسلوب حوالة سندات الأمر.
ويلحظ أن هذا البيع ممنوع فقهاً لأنه يصلح ذريعة للمراباة كما تقدم.

وإيضاح ذلك: أن الدين في الذمة هو تكليف شاغل لها وليس متعلقاً بمال معين للوفاء منه. فإذا وفى المدين دينه فليس معنى ذلك أن الدين الذي كان في ذمته قد سقط. بل حقيقة الوفاء أن المدين قد أصبح بالوفاء دائناً لدائنه بمثل دينه[١]، فيقع التقاص وتمتنع المطالبة بينهما لعدم فائدتها، إذ لو طالب أحدهما الآخر حق للآخر مطالبته بالمثل. (ر: رد المحتار، كتاب الأيمان ٣/ ١٣٨).

وقد رتب الفقهاء على هذا صحة الإبراء بعد الوفاء لأنه يلاقي ديناً قائماً في الذمة. فلو أبرأ الدائن مدينه إبراء إسقاط من بعد ما استوفى منه الدين حق للمدين أن يستعيد من الدائن ما كان استوفاه منه، لأن ما ثبت للمدين بالوفاء في ذمة الدائن لم يبق له مقابل للدائن في ذمة المدين بعد الإبراء ليدوم حكم التقاص.

ولو كان الدين يعتبر بالوفاء ساقطاً سقوطاً والذمة منه فارغة لوجب إلغاء الإبراء بعده، إذ لا يمكن إسقاط الساقط أو تفريغ الفارغ لأنه من قبيل تحصيل الحاصل (ر: الأشباه والنظائر لابن نجيم مع حاشية الحموي، الفن الثالث ص٢٠٩ و ٢١٠).

أما الأعيان فلا يتأتى فيها هذا الاعتبار، إذ العين التي يستحقها أحد بسبب من الأسباب إنما يستوفيها ممن هي في يده بذاتها، لأنها متعينة وليس محلها الذمة حتى تقضى بمثلها، وإنما محلها اليد التي هي في حوزتها.

١٧/ ١١ ـ ثامناً: الإبراء إنما يتعلق بالديون ولا يتعلق بالأعيان.

(الدر المختار، فصل التصرف بالمبيع والثمن).

وذلك لأن الإبراء إسقاط، وملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط ـ كما أوضحناه في نظرية الملكية من الجزء الأول ـ وإنما تقبله طائفة من الحقوق منها الديون.

---

(١) وذلك نظير طريقة الحساب الجاري في المعاملات التجارية.

وعلى هذا فرع الفقهاء فروعاً كثيرة، منها أن المغصوب منه إذا أبرأ الغاصب عن العين المغصوبة فإنما يبرأ عن ضمانها فقط ولا يملكها، فتبقى أمانة في يده للمالك.

ومثله ما لو أبرأ المودع الوديع عن عين الوديعة لم يكن لهذا الإبراء من حكم.

أما لو هلك المغصوب في يد الغاصب فأصبح ملتزماً بقيمته أو مثله، فإن إبراءه عما ثبت في ذمته يصح، لأن التزامه أصبح ديناً، والديون يسقطها من الذمم الإبراء.

وقالوا: إن البائع إذا حط عن المشتري بعض الثمن الذي في ذمته صح الحط ويلزم المشتري بالباقي فقط، بخلاف ما لو حط المشتري عن البائع بعض المبيع المعين، فإن الحط لا يصح، لأنه إسقاط لا يجري في الأعيان (الدر المختار كتاب البيع، فصل التصرف بالمبيع والثمن).

١٢/١٧ ـ تاسعاً: إن الدعوى بالعين لا تقام إلا على ذي اليد.

(م/ ١٦٣٥).

لأن الأعيان لا يمكن أن يكلف بتسليمها من ليست في حوزته. أما الدعوى بالدين فإنها يمكن أن ترفع على غير المدين، لإمكان وفاء الدين واستيفائه من غير المدين الأصلي. فإذا أصبح الشخص مسؤولاً بدين غيره لسبب من الأسباب الشرعية جاز للدائن مطالبته قضاء كما يطالب المدين الأصلي: فيطالب بالدين المكفول والكفيل، ويطالب بقيمة المغصوب الغاصب وغاصب الغاصب ومن في حكمه كالمشتري من الغاصب إذا أتلف المغصوب[١]، (ر: المجلة/ ٩١٠). غير أن تضمين غاصب الغاصب

(١) إذا تداولت الأيدي المغصوب فهلك، فإن للمالك تضمين مثله أو قيمته أياً شاء من الغاصب الأول، أو غاصب الغاصب، أو من في حكمه كالمشتري منه.
وأما إذا كان غير هالك بل قائماً عند ذي اليد الأخيرة فإن ذا اليد غير مسؤول بالضمان بل بالعين ما دامت عنده. كما أن غير ذي اليد من الغاصبين ومن في حكمهم غير=

يستقر عليه، أما تضمين المشتري من الغاصب فيسوغ له الرجوع على الغاصب.

= مسؤول بالعين لخروجها من يده، بل هو مسؤول بضمانها.
وعلى هذا فللمالك الخيار بين أن يتتبع العين فيدعي بها على ذي اليد الأخيرة فقط، وأن يتركها فيدعي بضمانها على أي غاصب خرجت من يده لأنه مسؤول بمجرد الغصب. وهذا ما يوجبه نص المادة/ ١٦٣٥/ من المجلة؛ فإن دعوى الضمان بالقيمة على الغاصب الأول صحيحة وإن كانت العين المغصوبة في يد غاصب الغاصب (ر: مرآة المجلة نقلاً عن النوع الخامس عشر من دعوى «البزازية»؛ وشرح المجلة للأتاسي نقلاً عن جامع الفصولين؛ وكذا شرح سليم الباز تحت المادة/ ١٦٣٥).
وقد جرت في هذه القضية مناقشة في مصر بيني وبين جماعة من كبار الأساتذة الفقهاء: فقد كان رأيهم أن المغصوب ما دام قائماً غير هالك في يد الغاصب الأخير أو من في حكمه كالمشتري من الغاصب فإن حق المالك المغصوب منه منحصر شرعاً في تتبع العين فقط، فيدعى بها على ذي اليد الأخيرة، وليس له أن يختار تركها وتضمين الغاصب الأول مثلها أو قيمتها، لأن الموجب الأصلي للغصب رد العين، وإنما التضمين خلف عنها فلا يصار إليه مع وجود العين.
وقد أجبتهم بأن هذا صحيح بالنسبة إلى ذي اليد، فلا يدعى عليه بالتضمين مع وجود العين المغصوبة في يده. فأما بعد خروجها من يده فيجوز للمالك تضمينه، ولا يمنع من ذلك وجود العين في يد غيره، فإن الغاصب الأول مسؤول بمجرد الغصب، ولا تسقط مسؤوليته بخروج المغصوب من يده بغصب أو بيع أو غيرهما، وإنما تتحول من مسؤولية بالعين إلى مسؤولية بالضمان، لأن دعوى العين لا تقام إلا على ذي اليد. فيكون المالك مخيراً بين تتبع العين لدى ذي اليد الأخيرة، وبين تضمين أي غاصب خرجت العين من يده.
على أنه لو انحصر حق المغصوب منه في تتبع العين لدى ذي اليد الأخيرة لضاع حقه، إذ قد ينقلها هذا إلى بلد آخر أو يعطيها شخصاً آخر كلما ادعى بها المالك فتمتنع خصومته. وهذا خلاف منطق الأحكام الفقهية.
ثم وجدت النصوص الآنفة الذكر كما قلت.
وبهذه المناسبة اذكر أنه وقع خطأ في نقل المادة/ ١٦٣٥/ من المجلة في بعض نسخ المتن والشروح، فقد نقلت في شرح الباز وشرح الأستاذ سعيد المحاسني بالنص التالي: **«الخصم في دعوى العين هو ذو اليد فقط. مثلاً إذا غصب أحد فرس الآخر وباعه لشخص آخر، وأراد صاحب الفرس استرداده فلا يدعيه إلا على الشخص الذي هو ذو اليد. وأما إذا أراد ذو اليد تضمينه قيمته فيدعي ذلك على الغاصب»** اهـ.
وصواب العبارة هكذا: **«وأما إذا أراد تضمين قيمته»**، أي أراد صاحب الفرس **(لا ذو اليد)**، وهو الموافق بالحرف للأصل التركي المترجم عنه المنقول في مرآة المجلة.

١٧/١٣ ـ عاشراً: نتائج فرعية أخرى:

هذا، وإن هناك أحكاماً فرعية سوى ما تقدم من القواعد والأسس في ثمرات التفرقة بين العين والدين يعسر استقصاؤها، فمن ذلك مثلاً:

أن الإقرار قد يعتبر ماساً بحق الغير فلا ينفذ، أو يعتبر قاصراً أثره على المقر فينفذ، وذلك بحسب اختلاف تعلقه بعين أو دين.

فقد نص الفقهاء على أنه: لو ادعى شخص أنه وكيل عن دائن غائب بقبض دينه، فأقر المدين بوكالته، يؤمر بدفع الدين إليه عملاً بإقراره.

أما لو أودع أَحد شيئاً عند آخر وغاب، فادعى شخص أنه وكيل الغائب في قبض وديعته، فأقر له الوديع بالوكالة فإن مقتضى القياس الظاهر على مسألة قبض الدين أن يلزم الوديع بتسليم الوديعة إليه.

لكن الفقهاء تركوا هذا القياس الظاهر، وقرروا بطريق الاستحسان عدم إلزام الوديع بتسليم الوديعة إلى زاعم الوكالة ولو كان الوديع مقراً بوكالته، ذلك لأن حق المودع في وديعته حق عيني وهو الملكية المتعلقة بعينها. ومن المحتمل أن يحضر وينكر التوكيل بالقبض، فتكون وديعته قد ذهبت وربما لا يمكن استردادها.

بخلاف صورة الدين، فإن حق الدائن فيها متعلق بذمة المدين، لا بعين المبلغ الذي يدفعه هذا المدين إلى زاعم الوكالة بالقبض. فإذا حضر الدائن فأنكر التوكيل المزعوم يتبين أن الدفع السابق لم يكن وفاء صحيحاً للدين، لعدم ثبوت وكالة القابض، فيكون حق الدائن باقياً على حاله في ذمة المدين، فيكلف بالدفع ثانية إلى الدائن، وله حق الرجوع على القابض زاعم الوكالة ليسترد منه ما دفعه إليه.

وإيضاح ذلك أن عملية وفاء الدين بالنظر الفقهي وفي الواقع هي أن المدين يدفع من مال نفسه ما يعادل الدين، ولا يعيد إلى الدائن عين ماله الذي استدانه منه. وهذا معنى أن **الديون تقضى بأمثالها** كما تقدم، فإقرار المدين بوكالة القبض لمن يدعيها هو **إقرار على نفسه**، فينفذ عليه ويقضى عليه

بموجبه. فإذا لم تثبت الوكالة فيما بعد كان هو المفرط في مال نفسه بإقراره لزاعم الوكالة.

أما الوديعة فلأن حق مالكها متعلق بعينها ذاتها لا بذمة الوديع يكون إقرار الوديع بوكالة قبضها إقراراً بلزوم تسليم مال غيره إلى شخص ثالث، **فهو إقرار على غيره** لا على نفسه، والإقرار حجة قاصرة لا يسري على غير المقر. فلو أنفذناه هنا كان تفريطاً في حق المالك المودع بمجرد إقرار الوديع (ر: ج١ف ٤/ ٨١ و ٩٩ والدر المختار مع رد المحتار، باب الوكالة بالخصومة والقبض ٤/ ٤١٣ ـ ٤١٤).

وهذا في الحقيقة من الصور الدقيقة في تمييز الفقهاء بين عينية الحق وشخصيته مما سلف إيضاحه (ر: ف ٢/ ١٢).

الفصل الثامن عشر

نظرية الذمة وخصائصها في نظر الفقه الإسلامي

١٨/ ١ ـ إن فكرة الدين، كما رأينا، ترتكز في الواقع على فكرة «الذمة».

وبهذه المناسبة رأينا أن نبحث هنا عن الذمة بحثاً يكشف عن حقيقتها وخصائصها كشفاً ضرورياً، ويجلي بعض اشتباهات للأنظار فيها.

إن لفظ «الذمة» في الفقه الإسلامي يفيد معنى الوعاء الاعتباري الذي يعي الديون الثابتة على الإنسان[1].

وهذا المعنى الشرعي للذمة قائم على أساس معناها اللغوي في العربية.

فالذمة والذمام في أصل اللغة بمعنى العهد، وسمي بذلك لأن نقضه يوجب الذم. ومن ذلك قول النبي ﷺ في حديث شريف:

«المسلمون تتكافأ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم»[2].

أي إذا أعطى أحد المسلمين عهداً للعدو بالأمان سرى ذلك على جميع المسلمين فليس لهم أن يخفروا عهده. ومن ثم أيضاً كان من يستوطنون في دار الإسلام من غير المسلمين على عهد معهم بالأمان، يسمون **ذميين** أو أهل الذمة، أي أهل العهد والأمان. (ر: النهاية لابن الأثير).

---

(١) قد يستعمل أيضاً مرادفاً للالتزام النقدي خاصة فيقال: إن لفلان على فلان ذمة، أي أداء مبلغ من النقود.

وقد يتساهلون في استعمال لفظ **«الذمة»** فيريدون به معنى أهلية الوجوب التي تكون للشخص، أي صلوحه لثبوت الحقوق له وعليه، وسننبه إلى ذلك وننقده.

(٢) حديث حسن رواه أبو داود وابن ماجه. (ر: صحيح الجامع الصغير وزيادته، للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، رقم ٦٧١٢).

ولما كان على الإنسان الوفاء بذمته وعهده كانت الذمة بمعنى العهد منشأ الاستحقاق بالنسبة إلى الطالب أي صاحب الحق، ومنشأ الالتزام بالنسبة إلى الملتزم المسؤول بالحق، وكانت الذمة بهذا المعنى مناطاً للطلب، فحيثما توجد ذمة وعهد يتوجه الطلب.

ثم اعتبرت الذمة محلاً للواجبات المالية والدينية على السواء.

وهذا هو أساس استعمالها عند فقهاء الشريعة في معناها الاصطلاحي، فهو يتصل بذلك المعنى اللغوي اتصالاً وثيقاً.

١٨/ ٢ ـ نقد التعاريف الفقهية المأثورة للذمة، والفرق بينها وبين الأهلية:

اختلف الفقهاء وعلماء الفقه في مختلف المذاهب في تعريف الذمة. ومما عرفوها به أنها:

«وصف شرعي يصير به الإنسان أهلاً لما له وما عليه».

(تنقيح الأصول، لصدر الشريعة ٣/ ١٥٢).

وقيل أيضاً أنها:

«أمر شرعي مقدر وجوده في الإنسان يقبل الإلزام والالتزام».

(حاشية الحموي على «الأشباه والنظائر»، الفن الثالث ص٢١٠).

ومعنى ذلك أنها شيء أو وصف افترضه الشارع افتراضاً وتقديراً في الشخص، به يصبح قابلاً لأن يكون ملتزماً أو ملتزماً له، أي مستحقاً أو مسؤولاً؛ وقابليته لذلك هي أن يصير صالحاً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات.

وهناك عدة تعاريف أخرى للذمة ذكرها فقهاء المذاهب قريبة في المآل من هذين التعريفين: (ر: كتاب «الحق والذمة» للأستاذ الشيخ علي الخفيف ص٨٦ الطبعة الأولى).

وهذه التعاريف وأمثالها للذمة إنما تجنح بها كما ترى إلى شاطئ الأهلية، أهلية الوجوب، فإن الأهلية شرعاً نوعان:

ـ أهلية وجوب، وهي قابلية الإنسان لأن تثبت الحقوق له أو عليه.

ـ وأهلية أداء، وهي صلاحيته الشرعية لممارسة الأعمال بحيث تصح تصرفاته.

أما الذمة في الحقيقة، فإنما تدل على معنى الظرفية المقدرة في الإنسان لاستيعاب ما يثبت عليه من حقوق.

وإيضاح ذلك: أن أهلية الوجوب في الإنسان ذات عنصرين، وهما:

ـ قابليته لثبوت الحقوق له، أي صلاحيته للإلزام.

ـ وقابليته لثبوت الحقوق عليه، أي صلاحيته للالتزام.

أ ـ فناحية ثبوت الحق للإنسان تتوقف على أهلية فيه لأن تجب له حقوق أي على العنصر الأول من أهلية الوجوب. وهذا العنصر يثبت له منذ كونه جنيناً في بطن أمه بإجماع الفقهاء، ولا يستدعي وجود ذمة مقدرة في شخصه، لأن الحق له لا عليه.

ب ـ وأما ناحية ثبوت الحق على الشخص، أي ناحية الالتزام فإنها تتوقف على أمرين اثنين:

ـ **أحدهما**: أهلية في الشخص لأن تجب عليه حقوق أي قابلية التحمل، وهو العنصر الثاني من أهلية الوجوب. وهذا يثبت له منذ ولادته حياً[1].

ـ **وثانيهما**: محل مقدر يتسع لاستقرار تلك الحقوق فيه، أي ظرف اعتباري منتزع من شخص الإنسان تشغله تلك الحقوق حال ثبوتها، ويفرغ منها بسقوطها.

وهذا الأمر الثاني، أي المحل، هو المعنى الحقيقي لكلمة «**الذمة**» فقهياً.

---

(١) وبهذا يكمل فيه معنى أهلية الوجوب بعنصريها، أي قابليته لثبوت الحقوق له وعليه. أما أهلية الأداء فتظل معدومة فيه حتى سن التمييز التي تبدأ فيها أهلية الأداء ناقصة، ثم تتكامل ببلوغ الرشد.

٣/١٨ ـ وهذان الأمران اللذان يتوقف عليهما تصور الالتزام هما متلازمان في الوجود متغايران في المفهوم، فإنه يلزم من كون الشخص أهلاً لتحمل الحقوق أن يكون في شخصه مستقر ومستودع لها، وبالعكس.

فمتى اعتبرت للشخص أهلية التحمل شرعاً اعتبرت له ذمة، ومتى اعتبرت له ذمة اعتبرت له أهلية تحمل، ولكن ليست تلك الأهلية هي الذمة نفسها، بل بينهما من الفرق ما بين معنى القابلية ومعنى المحل.

دليل هذا التغاير من نصوص الفقهاء:

ويدل على هذا التغاير مع التلازم بين مفهومي الذمة وأهلية التحمل. أن الفقهاء في عباراتهم إنما يصورون الحق والذمة في صورة الشاغل والمشغول، فيقولون: **«إن ذمته مشغولة بكذا»** ويقولون: **«إن الدين في الذمة وصف شاغل لها»**.

فهذا يفيد أن الذمة غير أهلية الوجوب التي هي مجرد قابلية. فلا يصح أن يقال مثلاً «إن أهليته أو قابليته مشغولة بالدين».

فالذمة في اصطلاحهم إنما تشعر بمعنى الظرفية لا الأهلية وإن كانا متلازمين وجوداً.

وقد تنبه بعض المحققين من الفقهاء والأصوليين إلى هذا التغاير بين مفهومي الذمة وأهلية الوجوب، فجاء في كلامهم ما يشير إليه وإن لم يوضحوه قصداً ببحث مستقل.

فقد جاء في أصول فخر الإسلام البزدوي وشرحه للشيخ عبد العزيز البخاري (٤/٢٣٨) ما نصه:

«إن الآدمي يولد وله ذمة صالحة للوجوب بإجماع الفقهاء. أما أهلية الوجوب[١] فهي بناء على قيام الذمة، أي لا تثبت هذه الأهلية إلا بعد وجود

---

(١) المراد العنصر الثاني من هذه الأهلية، وهو قابلية الالتزام الذي تتكامل به أهلية الوجوب، لأن العنصر الأول وهو قابلية الإلزام ثابت قبل ذلك للجنين في بطن أمه بإجماع الفقهاء كما تقدم آنفاً.

ذمة صالحة، لأن الذمة هي محل الوجوب، ولهذا يضاف إليها ولا يضاف إلى غيرها بحال» اهـ.

أي إنما يقال: ثبت الدين في ذمة فلان، ولا يقال: ثبت في أهليته كما بيناه آنفاً. فقد أفاد كما ترى أن الذمة أساس لأهلية الوجوب، فهما إذن مفهومان متغايران.

وذكر البزدوي أيضاً بعد قليل في الصفحة ٢٣٩:

«أن ولي الطفل إذا اشترى بحكم ولايته شيئاً له بعد ولادته فإن الطفل يملكه ويلزمه الثمن، أما قبل الولادة فلا لأنه كالجزء من أمه فليس له ذمة مطلقة، فيكون صالحاً لأن يجب الحق له، لا لأن يجب عليه».

أي إنما يثبت الحق له قبل الولادة لأن العنصر الأول من أهلية الوجوب ـ وهو قابلية الإلزام ـ يثبت للجنين منذ علوقه في بطن أمه كما تقدم بيانه. ولم تثبت عليه الحقوق، لأن العنصر الثاني ـ وهو قابلية الالتزام ـ مبني على قيام الذمة، وهي لا توجد فيه إلا منذ الولادة كما نقلناه عنه آنفاً[1].

---

(١) على أن كلام بعض الأصوليين لا يخلو من اضطراب في هذا المقام. فبينما نجدهم يصرحون بأن «أهلية الوجوب تعتمد على قيام الذمة» مما يفيد التغاير بينهما إذا بهم أنفسهم يقولون: «إن للإنسان قبل الولادة ذمة صالحة للوجوب له لا عليه، وبعد الولادة له ذمة صالحة للوجوب له وعليه» فيستعملون «الذمة» بمعنى أهلية الوجوب بعنصريها اللذين أوضحناهما. ويعلل صاحب «مرآة الأصول» ذلك بما خلاصته: «إن الله تعالى قد ميز الإنسان عن سائر الحيوان بخصوصية من قوى ومشاعر كانت سبباً في أهليته لوجوب أشياء له وعليه، فتلك الخصوصية هي المراد بالذمة» (مرآة الأصول شرح مرقاة الوصول للعلامة منلا خسرو، بحث المحكوم عليه ص:٣٢١) فخرج بالذمة عن معنى المحلية في الإنسان لحقوق غيره عليه إلى معنى القوى والخصائص الإعدادية التي تجعل الإنسان أهلاً لثبوت ما له وما عليه. ولذا أوردوا عليه أن هذا المعنى عندئذ يشتبه بمعنى العقل، وينافي قول الفقهاء: **ثبت في ذمة فلان كذا...**

فكل ما يصادف من هذا القبيل في اضطراب العبارات عن الذمة منشؤه تساهل بعض العلماء وتوسعهم في استعمال لفظها، وغفلة بعضهم عن حقيقة معناها الفقهي لصلتها الوثيقة بالأهلية.

ولذلك قلنا في صدر بحثنا: إن الذمة هي وعاء اعتباري يستوعب الديون التي تثبت على الإنسان. فلا ارتباط له إلا بالعنصر الثاني من عنصري أهلية الوجوب، دون العنصر الأول، لأن الظرف إنما يحتاج إلى تقدير وجوده للشخص فيما عليه لا فيما له.

١٨/ ٤ ـ فتعريف الذمة بأنها «وصف أو معنى شرعي مقدر في الإنسان يقبل الإلزام والالتزام، أو يصير به أهلاً لوجوب ماله وما عليه» هو ذهاب بالذمة إلى معنى أهلية الوجوب بعنصريها.

وأبعد من هذا عن النظر السديد ما بينه القرافي من فقهاء المالكية في كتابه «الفروق» (٣/ ٢٢٦) بعدما عرف الذمة بنظير تلك التعاريف، إذ قال:

«وهذا المعنى جعله الشارع مسبباً عن أشياء خاصة منها البلوغ، ومنها الرشد: فمن بلغ سفيهاً لا ذمة له. ومن حجر عليه فقد ذمته كالمفلس» إلخ. . .

(ر: كتاب «الحق والذمة» ص: ٨٦).

فقد ذهب القرافي بالذمة إلى معنى أهلية الأداء الكاملة التي تشترط لصحة التصرفات ونفاذها، وتتوقف على البلوغ وتنسلخ بالحجر، إذ من المقرر أن كلا من المفلس والمحجور والطفل الوليد غير المميز يتمتع بأهلية وجوب كاملة تثبت بمقتضاها الحقوق له وعليه: فيرث، ويملك ما يوهب له، ويضمن قيمة ما يتلف، وتجب عليه النفقة لو غنياً.

فقوله بأن الصغير والسفيه والمفلس المحجور عليه لدين لا ذمة لهم معناه ليس لهم أهلية أداء تصح معها تصرفاتهم.

وهذا أبعد ما يكون عن معنى الذمة، ولعله اصطلاح للمالكية.

١٨/ ٥ ـ الذمة حقيقة اعتبارية لا مادية:

إن النصوص التي نقلناها وناقشناها في تعريف الذمة شرعاً كلها متفقة على أن الذمة هي أمر مقدر وجوده في الإنسان، ومفترض له افتراضاً.

وهرباً من هذا الافتراض التجأ بعض الفقهاء الأصوليين إلى القول بأن الذمة ليست سوى نفس الإنسان، فقال فخر الإسلام البزدوي: «**إن الذمة نفس لها عهد**».

ثم أوضحه بأن ذلك من قبيل المجاز بإطلاق اسم الحال، وهو العهد على المحل، أي نفس الإنسان. ثم شاع هذا الاستعمال فأصبح حقيقة عرفية.

(ر: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي ٤/ ٢٣٩).

والمقصود بهذا الرأي جعل الذمة أمراً ذا وجود مادي، حتى لا تكون الأحكام الشرعية مبنية على شيء افتراضي لا وجود له.

والواقع أن هذا التأويل لم يخرج أصحابه عن الافتراض، لأن تعلق الديون بنفس الإنسان ليس إلا تعلقاً اعتبارياً، وإنما تحولوا به من افتراض المحل إلى افتراض التعلق.

وذهب آخرون إلى أن تقدير الذمة من الأوهام والترهات، وأن الذمة في لسان الفقهاء لم تخرج عن أصل معناها اللغوي وهو العهد، فليس معنى قول الفقهاء: «ثبت في ذمة فلان كذا» إلا أنه ثبت بعهده أو فيما تعهد به أو التزمه. ويكفي لثبوت الواجبات أن الشارع كلفه بها.

ولكن الشيخ عبد العزيز البخاري رد هذا القول في كتابه كشف الأسرار (٤/ ٢٣٨) وقال: أنه مخالف للإجماع.

ووجه الرد أن هذا الرأي ينتقض بالصغير والمجنون اللذين لا يصح منهما عهد مع أن الحقوق تثبت عليهما ولو لم يكن لهما مال، فتستوفى منهما متى امتلكا مالاً.

فتقدير ذمة الشخص على أنها محل لثبوت الحقوق عليه أمر لا مندوحة عنه. وليس ذلك من قبيل بناء الأحكام على افتراض وهمي بل هو أمر تقتضيه استقامة منطق الأحكام، ويتطلبه تخريجها وتأصيلها.

ويدل على ذلك أن الشرائع الوضعية أيضاً تفترض وجودها.

(ر: الحق والذمة ص:٨٩ ـ ٩٠).

٦/١٨ ـ أقول: إن هذا الافتراض في الذمة يتوقف عليه أيضاً عمل التشريع في بناء بعض النظريات والأحكام الهامة:

أ ـ فصحة التزام الإنسان بما لا حد له من الالتزامات والديون دون نظر إلى قدرته وثروته، وكذا صحة تصرفاته بماله ولو بإخراجه عن ملكه عندما تكون عليه ديون مستغرقة لثروته، كل ذلك يصبح سهلاً تفسيره وقبوله في التشريع بافتراض ذمة للإنسان تكون محلاً واسعاً لثبوت الديون بلا حد، فتكون يد الإنسان في أمواله حرة رغم ديونه، لأن الديون عندئذ حقوق شخصية مكانها ذمته، ولا علاقة لها بعين أمواله.

ولولا تقدير الذمة لوجب أن نعتبر الديون متعلقة بعين أموال المدين وثروته فتشل حركته وفعاليته الاقتصادية، ولو كان دينه غير محيط بكل ثروته؛ لأن الجزء الكافي منها لوفاء الدين غير معين، فلا مجال لمنع تصرف المدين في بعض ماله وإطلاقه في بعض لما يترتب على ذلك من مشكلات كبيرة في التعيين والتخصيص، وهذا مخالف لمباني التشريع الإسلامي، والوضعي القانوني.

ب ـ ونظرية الشخص الحكمي الآتي بيانها في الفصل الثالث إنما تقوم في الفقه الإسلامي والنظر القانوني على تصور شخصية مفترضة غير طبيعية تتمتع بذمة مالية فتعتبر كالشخص الطبيعي في ثبوت الحقوق له وعليه. كما سنرى هناك.

فلولا قبول الذمة الافتراضية في الشخص الطبيعي لما أمكن تكوين الشخص الحكمي بالنظر الحقوقي شرعاً ولا قانوناً، لأن الشخصية الحكمية ذات الذمة المالية هي من أساسها افتراضية اعتبارية، وليست حقيقية ذات وجود خارجي.

ولا يخفى أن فكرة الشخصية الحكمية أساس في التشريع، وشأنها على الزمن وتطور الأوضاع الاقتصادية في تمكن واستحكام.

على أن افتراض الذمة تام الشبه بافتراض الشخصية الحكمية نفسها: فكما ساغ تشريعاً قبول شخصية مقدرة لمؤسسة يتعلق بها مصلحة، أو لجمعية، أو لشركة؛ يسوغ كذلك قبول محل مقدر في شخص الإنسان تتعلق به الديون. وإذا كانت الشخصية الحكمية ليست وهماً محضاً بل منتزعة من وجود مادي هو في المؤسسات ما تتكون منه مصلحتها، وفي الجمعيات والشركات أفرادها، فإن الذمة أيضاً ليست أمراً وهمياً بل منتزع ومجرد من شخص الإنسان.

فما دامت فكرة الشخصية الاعتبارية مقبولة بل ضرورية في أساليب التشريع السديد ففكرة الذمة الظرفية كذلك.

وهذا الافتراض والتقدير الواجب في كلتا الفكرتين هو ضرب من الفن الحقوقي في صياغة أساليب التشريع وبنائه النظري، يستعان به في تقرير المبادئ والنظريات لأجل اتساق الأحكام وانسجامها، مما يمتاز به تشريع عن آخر كما تقدم بمناسبة التمييز بين الحق العيني والشخصي (ف ١١/٣).

٧/١٨ ـ التعريف الصحيح للذمة في نظر الفقه الإسلامي:

بعد ما أسلفنا من التحقيق في تحديد معنى الذمة الشرعي يمكننا تعريفها فقهياً كما يلي:

إن الذمة هي محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه.

فهي بهذا الاعتبار ذمة شخصية، أي متصلة بالشخص نفسه لا بأمواله وثروته، وهي غير محدودة السعة والاستيعاب، فتثبت فيها الحقوق المالية وغير المالية مهما كان نوعها ومقدارها. فكما تشغل بحقوق الناس المالية تشغلها أيضاً الأعمال المستحقة كعمل الأجير، وتشغلها الواجبات الدينية من صلاة وصيام ونذور وغيرها.

٨/١٨ ـ خصائص الذمة:

والنظر في الأحكام التي أثبتها فقهاء الإسلام في الذمة يوصل إلى أن لها عندهم الخصائص التالية:

الخاصة الأولى: إن الذمة لا تثبت إلا لشخص مستقل، سواء أكان شخصاً طبيعياً أو حكمياً.

فيتفرع عن ذلك:

١ ـ أنه لا ذمة للحيوانات والبهائم كما أنها لا أهلية لها. فلا تثبت عليها حقوق[١] كما أنها لا تثبت لها. فلو أوصى لها إنسان أو وقف عليها لا يصح إذا كان مراده تمليكها هي لا تمليك مالكها. فأما إذا أوصى بالإنفاق عليها كما لو أوصى بعلف تعلف منه فجائز عند الحنفية لأنها في الواقع وصية لمالكها لأن نفقتها عليه، حتى إن هذه الوصية تتم بقبوله وترتد برده وله أن ينفقها على غير الدابة من شؤونه (رد المحتار، من الوصايا).

واجتهاد الشافعية أيضاً كذلك، إلا أنهم في هذه الحال يوجبون صرف النفقة للدابة التي خصصها الموصي، لا لشؤون أخرى (ر: كتاب الحق والذمة ص/٩٦) أي احتراماً لإرادة الموصي لا استحقاقاً للحيوان.

٢ ـ أن الجنين من الإنسان في بطن أمه لا ذمة له لأن شخصيته غير مستقلة، بل هو جزء من أمه تابع لها مهيأ للانفصال والاستقلال.

فلا تثبت عليه حقوق[٢] لأن الذمة كما رأينا إنما تلازم في الوجود العنصر الثاني من عناصر أهلية الوجوب. وهو قابلية الالتزام. والجنين لا يتمتع إلا بالعنصر الأول منها وهو قابلية الإلزام، أي ثبوت الحقوق له فقط بشرط أن يولد حياً.

حتى أن عنصر الإلزام هذا قاصر فيه أيضاً فلا يثبت له من الحقوق سوى أربعة فقط: **النسب، والإرث، والوصية، والاستحقاق في الوقف.**

ولذا قال الفقهاء لا تصح الهبة للحمل، ولو اشترى الإنسان لحمله شيئاً

---

(١) في القانون الروماني كانوا يحاكمون البهائم ويحكمون عليها، وظل ذلك في فرنسا أيضاً إلى القرن الثامن عشر الميلادي!!.

(٢) في الاجتهاد الحنبلي تجب نفقة الأقارب على الحمل إذا كان له مال، (ر: القواعد لابن رجب ص/١٨١) وعلى هذا تكون له عندهم ذمة.

لا يملكه الجنين فلا يجب في ماله ثمنه، ولا تثبت ولاية أو وصاية عليه[1] لأحد (ر: الحموي على الأشباه الفن الثالث ص: ٢٠٢).

الخاصة الثانية: أنه لا يوجد شخص مستقل الشخصية بلا ذمة خاصة به.

فالذمة من لوازم الشخصية. وذلك لما رأينا من أن الذمة تلازم العنصر الثاني من أهلية الوجوب، وهو قابلية الالتزام؛ وهذا العنصر يبدأ بولادة الإنسان حياً إذ تتم بولادته أهلية الوجوب له وعليه.

وهذه الأهلية مناطها الصفة الإنسانية فتلازم الإنسان منذ وجوده، بخلاف أهلية الأداء فإن مناطها العقل، فلا تعتبر للإنسان قبل سن التمييز.

فلذا لا يتصور أن يكون شخص مستقل بلا ذمة ما دامت أهلية الوجوب تولد معه كاملة.

والشخص هنا أيضاً يشمل الطبيعي والحكمي، فإن الشخص الطبيعي يولد حساً، والحكمي يولد اعتباراً عندما يتكون بمقتضى التشريع تكوناً صحيحاً، كما سنرى في الفصل الثالث، وحينئذ تولد معه الأهلية وتنشأ عنها الذمة أيضاً.

الخاصة الثالثة: إن الذمة ليس لسعتها حد.

وذلك لأن الذمة ظرف اعتباري فيتسع لكل ما يتصور من الحقوق.

الخاصة الرابعة: إن الشخص الواحد ليس له سوى ذمة واحدة.

وذلك لأنه له شخصية واحدة، فلا حاجة بالشخص إلى أكثر من ذمة واحدة لأنها تتسع لجميع الحقوق والديون.

الخاصة الخامسة: إن الذمة لا اشتراك فيها، فلا يكون للذمة الواحدة أكثر من صاحب واحد.

---

(١) في مصر سوغت المادة /٣/ من قانون المجالس الحسبية إقامة وصي على الجنين بناء على رأي فقهي. فهل يقتضي هذا توسيع أهليته وصحة تملكه بهبة ونحوها؟ أو إدارة أمواله فقط؟

وذلك لأنه لو تعدد الأشخاص لكان لكل منهم الخصائص التي تقتضي له ذمة مستقلة. فلو تصورنا اشتراكهم في ذمة واحدة لكان كل منهم وحده لا ذمة له، وهذا ممتنع لتلازم الشخصية والذمة.

الخاصة السادسة: إن الذمة ضمان لكل الحقوق بلا ترجيح، ولا يقتضي ذلك منع المدين من التصرف بأمواله.

وذلك لأن الذمة لا حد لسعتها، إذ هي شرعاً مستقلة عما يملك صاحبها، فتتساوى فيها الديون، ولا يكون سبق بعضها في الثبوت سبباً لترجيحه، وما يثبت في ذمة الإنسان من حقوق عليه لا يتقيد وفاؤها بنوع خاص من ماله أو بجزء معين منه. فالديون متى استقرت في الذمة بسبب صحيح تساوت في احترامها وانتفى الترجيح، وإلا لتعذر التعامل، إذ لا يستطيع أحد أن يعرف ما على من يريد معاملته من ديون سابقة ليكون على بصيرة من رتبة دينه.

٩/١٨ ـ على أنه يستثنى من ذلك بعض ديون يقرر الشرع لها امتيازاً وتقديماً في الاستيفاء لبعض الأسباب الموجبة، كما تقدم في بحث الحق العيني والشخصي[١].

هذا، ولاستقلال الذمة عن مال صاحبها كان مطلق اليد في التصرف بماله بيعاً وهبة وغيرهما ولو كان مديناً بأكثر مما يملك، لأنه إن كانت ذمته مشغولة فأمواله حرة.

ولو وفى المدين الدين المتأخر وأخر المتقدم صح الوفاء وملك القابض ما قبض وليس لغيره منازعته أو مقاسمته[٢].

ولكن إذا أصبح للديون تعلق بأموال المدين توقف تصرفه المضر بكل

---

(١) قدمنا في بحث تقسيم الحق المالي أن هناك حالات استثنائية يكون فيها لبعض الحقوق الشخصية امتيازاً على بعض شرعاً وقانوناً فلتنظر (ف ٢/ ١٠).

(٢) يلحظ هنا أنه في الدين المشترك لا يستقل أحد الدائنين بقبض حصته بل يقاسمه فيها شريكه.

الدائنين أو ببعضهم، كما في حال مرض الموت، فإن المدين بدين مستغرق لأمواله يعتبر في مرض موته محجوراً عن كل تصرف يضر بحقوق دائنيه فلا ينفذ وقفه ولا تبرعه، ولا وفاؤه لبعض دائنيه دون بعض، ولا محاباته في ثمن مبيعه إلا إذا أجازها دائنوه، وذلك لضعف نشاطه الاكتسابي فتضعف ذمته، فتوثق الديون بتعليقها بماله إضافة إلى ذمته صيانة لحقوق الدائنين، فتصبح حقوقهم في هذه الحال شبه عينية كما تقدم في الفصل الثالث (ر: ف ٣/٧).

على أن متأخري فقهاء الحنفية قد استحسنوا عدم نفاذ وقف المدين إلا فيما يزيد من أمواله عن وفاء ديونه فاعتبر محجوراً حكماً عن الوقف فيما يعادل الدين من أمواله، ولو كان وقفه في حال صحته لا في مرض موته. وبذلك أفتى المولى أبو السعود مفتي الروم، وذكر في معروضاته أنه صدرت به الإرادة السلطانية وذلك لكثرة لجوء المدينين إلى تهريب أموالهم من وجه الدائنين بطريق الوقف[١].

(ر: الدر المختار ورد المحتار ٣/ ٣٩٥).

ولينظر في تفصيل الفقه الإسلامي من تصرفات المدين التهريبية ما أوضحناه في بحث عوارض الأهلية من «المدخل الفقهي العام» (ف ٦٥/ ٥) وفي كتاب «أحكام الأوقاف» (ج١ ف/ ٩٠ و ٩١).

١٨/ ١٠ ـ انهدام الذمة:

إن ذمة الشخص ترافق حياته منذ ولادته كما تقدم، وتنهدم بعد وفاته. ولكن هل تعتبر الذمة منهدمة بالموت فوراً أو باقية بعده إلى حين؟ هذا ما اختلفت الأنظار الاجتهادية الفقهية فيه إلى ثلاثة آراء:

الرأي الأول: إن الذمة تنهدم بمجرد الموت، لأنها من خصائص الشخص الحي. وثمرة الذمة صحة مطالبة صاحبها بتفريغها من الدين الشاغل

---

(١) يلحظ في هذا المقام أيضاً ما يوجبه القانون التجاري من بطلان جميع تصرفات التاجر المفلس الواقعة خلال الأيام العشرة التي قبل بدء عجزه الحقيقي بتوقفه عن الدفع.

لها. فبالموت يخرج الشخص عن صلاحية المطالبة فتنهدم الذمة.

وعلى هذا، إن توفي الشخص المدين دون أن يترك مالاً فمصير ديونه السقوط. وإن ترك مالاً تعلقت الديون بماله. وإلى هذا الرأي ذهب بعض الحنابلة (ر: القواعد لابن رجب ص/ ١٩٣).

الرأي الثاني: إن الذمة تبقى بعد الموت صحيحة إلى أن توفى الديون وتصفى التركة ثم تنهدم الذمة.

ودليله ما ورد في الحديث النبوي:

«إن ذمة الميت مرتهنة بدينه حتى يقضى عنه».

وإنما يخرج الشخص بالموت عن صلاحية المطالبة في الدنيا ولا يستلزم ذلك عدم بقاء الذمة وصلاحيتها لأن تشغل بالدين.

وورد أيضاً في الحديث صحة الكفالة بعد الموت بما على الميت المفلس من دين[1].

وهذا دليل على بقاء الذمة وما فيها. ولذا يمكن أن تشغل بعد الموت بدين جديد متفرع عن سبب سابق؛ وذلك كما لو باع الشخص شيئاً وتوفي فرد بعد موته بعيب ظهر فيه، فإن ذمة الميت البائع تشغل بثمنه الواجب الرد. وكذا لو باشر في حياته سبباً من أسباب الضمان كمن حفر حفرة في الطريق العام ثم مات، فتردى حيوان في الحفرة بعد موته، فإن ذمة الحافر تشغل بضمان قيمة الحيوان فتؤخذ من تركته.

وإلى هذا الرأي ذهب الشافعية (ر: حاشية الرملي على أسنى المطالب ١/ ٢٣٥) وهو رأي المالكية وفريق من الحنابلة أيضاً.

ومقتضى هذا الرأي أن يبقى للميت العنصر الثاني من أهلية الوجوب،

---

(١) كما سنرى في بحث انتهاء الشخصية من أحوال الشخص الطبيعي في الباب الرابع. (ر: ف ٢٦/ ٣).

وهو قابلية الالتزام التي لا تنفك عن الذمة في الوجود. بل قد نقل عن المالكية ما يقتضي بقاء العنصر الأول منها أيضاً وهو قابلية الإلزام. فقد قالوا: إذا أوصى شخص لميت، وإن كان عالماً بموته، فوصيته جائزة ويصبح المال الموصى به من جملة تركته تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه، ثم يكون لورثته ما بقي منه (ر: المغني لابن قدامة ٦/٤٣٦).

فأنت ترى أنهم لم يصححوا الوصية للميت على أنها تمليك لورثته رأساً، بل اعتبروها تمليكاً للميت نفسه، وإلا لاستحق الورثة جميع الموصى به دون أن تقضى منه ديون الميت وتنفذ وصاياه.

الرأي الثالث: إن الموت لا يهدم الذمة لكن يضعفها كما يضعف أهلية الوجوب فلا تبقى الأهلية والذمة كما كانتا عليه حال الحياة، وإنما يبقى لهما من الصلوح ما تقتضيه الضرورة اقتضاء لتسوية الحقوق وثبوت الأحكام التي لها أسباب في حال الحياة. ولهذا الضعف الطارئ على الذمة الذي يعتبر مبدؤه من تاريخ مرض الموت توثق الديون التي على الميت بتعلقها بماله تقوية لذمته؛ وهذا مذهب الحنفية.

ومعنى ذلك أن الأصل انهدام الذمة وبطلان الأهلية بالموت، وإنما تعتبران مستمرتين بصورة استثنائية وبنطاق محدود، بقدر ما تقتضيه ضرورة تصفية نتائج الأسباب السابقة، لا لإثبات أحكام جديدة، إذ الضرورة تقدر بقدرها فلا يتوسع فيها.

١٨/ ١١ ـ وقد دعاهم إلى هذا التصوير ما يستدعيه المنطق الحقوقي من ضرورة التوفيق بين ما يستلزمه الموت من الذمة والأهلية، وما يستلزمه ثبوت بعض حقوق للميت وعليه من بقاء للأهلية والذمة؛ كي ترد جزئيات الأحكام التي اقتضتها المصلحة إلى قواعد وأصول نظرية تتفرع عنها ويسهل تفسيرها بها.

فقد لحظوا أن الإنسان يدخل في ملكه بعد موته ما لم يكن مالكاً له في حياته، كما أنه يعتبر ضامناً ومسؤولاً بما لم يكن ضامناً قبل موته. وذلك كمن

نصب شبكة للاصطياد ومات فوقع فيها حيوان فإنه يملكه، ويعتبر من جملة تركته. وعكسها تماماً قضية وقوع الحيوان في الحفرة المحفورة في الطريق العام بعد موت الحافر المتسبب.

ففي صورة نصب الشبكة اكتساب للملكية بعد الموت، فيعتمد بقاء جزء من أهلية الإلزام يثبت به حق للميت. وفي صورة الحفرة ثبوت ضمان على الميت بعد الموت، وهذا يعتمد بقاء أهلية التزام له.

وكذلك مسألة فسخ المشتري للبيع بحكم خيار العيب بعد موت البائع، فإن فيها إلزاماً والتزاماً للميت إذ تعود إليه ملكية ويستحق عليه ثمن، فيعتمد ذلك بقاء أهلية وذمة. (ر: كتاب الحق والذمة ص:٩٣ ـ ٩٥).

ولئن تصورنا من الممكن أن يعتبر في بعض هذه الصور أن ثبوت الملك بعد الوفاة إنما هو للورثة رأساً خلَفية عن الميت، فإن هذا الاعتبار غير ممكن في حالة الضمان بسبب يرجع إلى ما قبل الموت كصورة الحفرة، لأن الورثة إنما يخلفون الميت في استحقاق ما هو له لا في التزام بما عليه، فهم غير مسؤولين بذممهم عن أعمال المورث. فلذا يتعلق حق الغريم بالتركة. وأن التعلق بها بسبب الضمان لا يكون إلا عن طريق الذمة، لأن مال الإنسان غير مسؤول مباشرة عن فعل ضار، فوجب تقدير بقاء لذمة الميت.

هذه نظرية الحنفية في بقاء الذمة بعد الموت، وهي مبنية بناء استثنائياً على الضرورة منشأ وحدوداً. فإذا لم تكن ضرورة تقضي ببقاء الذمة بعد الموت وجب حينئذ أن تعتبر بالموت مهدومة معدومة.

وعلى هذا لا يصح أن يوصى للميت أو يوهب له.

وكذلك يقول أبو حنيفة بعدم صحة كفالة دين الميت بعد موته إذا لم يترك مالاً، لأن دينه عندئذ كالساقط من الذمة لعدم إمكان المطالبة به.

وقال الصاحبان والأئمة الثلاثة تصح هذه الكفالة لأن ذمة الميت مشغولة به في الواقع. ودليل الفريقين مبسوط في الكشف على أصول البزدوي (٤/ ٣١٥).

الفصل التاسع عشر

نظرية الذمة في النظر القانوني

١/١٩ ـ إن للذمة في الفقه الأجنبي مفهوماً يختلف من ناحية عن مفهومها في الفقه الإسلامي.

فالذمة في نظر علماء الحقوق الأوروبيين هي:

«مجموع ما يخص الشخص من أموال حاضرة ومستقبلة».

ويتكون هذا المجموع مما له من أموال وحقوق، وما عليه من ديون وتكاليف.

وهذا يسمى: **الثروة، أو الذمة المالية**[١] Le Patrimoine ولا يراد منها معنى الفرق بين ما له وما عليه، بل نفس ما له وما عليه.

ففي الذمة المالية عندهم عنصران: عنصر إيجابي هو الحقوق، وعنصر سلبي هو التكليفات؛ والذمة تتكون من العنصرين معاً.

وحاصل الفرق بين العنصرين يسمى: الصافي L'actif net.

فالذمة المالية بهذا المعنى المادي عندهم تزيد وتنقص. وقد تكون خالية ليس فيها حقوق ولا تكليفات كذمة الوليد الذي ليس له مال.

فليس معناها الغنى، بل ما يكون للشخص من حقوق وتكاليف موجودة أو ممكنة الوجود، كما تقدم.

---

(١) إن كلمة «Patrimoine» الفرنسية مأخوذة من الكلمة اللاتينية: «Patrimonium» ومعناها عند الرومانيين: المال الآتي من أحد الوالدين، لأنها عندهم مشتقة من كلمة Pater بمعنى الأب (ر: معجم لاروس الفرنسي)..

فإذا مات تحددت ذمته فلا تزيد ولا تنقص، وإنما تنتقل للورثة والمستحقين بعنصريها؛ ففي القانون الفرنسي يأخذ الورثة الحقوق إن شاؤوا الميراث، ويلزمون هم بالديون[1].

٢/١٩ ـ خصائص الذمة في الفقه الأجنبي:

وللذمة المالية عند علماء القانون الأجانب خصائص شبيهة بخصائص الذمة في الفقه الإسلامي. فهم يقررون الخصائص التالية:

١ ـ الذمة المالية مرتبطة بالشخصية فلا شخص بلا ذمة ولا ذمة بلا شخص، سواء أكان إنساناً أو شخصاً اعتبارياً. وهي تكون للإنسان منذ كونه حملاً في بطن أمه[2] (ر: جوسران ج١ف/٦٤٩).

٢ ـ لا يكون للشخص الواحد إلا ذمة واحدة.

٣ ـ الذمة مجموعة مالية قانونية، أو بتعبير آخر: هي وحدة مالية قانونية مستقلة عن العناصر التي تتألف منها. فلكل شخص ذمة مالية وإن لم يكن له مال.

فالذمة عند علماء القانون أيضاً فكرة تصورية، أي مفترضة مقدرة (ر: كتاب الأموال للأستاذ محمد كامل المرسي، ف/ ٣و ٤).

---

(١) حكم الشريعة الإسلامية في الميراث خلاف هذا، فالإرث فيها جبري ليس للوارث رفضه. والورثة لا يلزمون بديون مورثهم، وإنما توفى ديونه وتنفذ وصيته النافذة من تركته، وما فضل من التركة فللورثة. وقد قدمنا بيان ذلك وحكمته في نظرية أسباب الملكية من الجزء الأول (ف ٨/٢٣).

(٢) هذا خلاف ما يقرره الفقه الإسلامي: **أن الحمل لا ذمة له**، وإنما تتكون له ذمة منذ ولادته حياً كما تقدم...
ومنشأ الاختلاف يرجع إلى الاختلاف في ماهية الذمة كما سيأتي:
ـ فهي في الفقه الإسلامي محل مقدر في الشخص للديون وللتكليفات. والجنين لا تثبت عليه حقوق لأحد وإنما تثبت له، فلا حاجة إلى تقدير ذمة له.
ـ أما في الفقه الأجنبي فالذمة مجموع ما للشخص وما عليه كما تقدم. فللجنين ذمة مالية لأنه أهل للملك، وقد يكون له مال.

٤ ـ الذمة المالية ضمان عام لحقوق الدائنين.

فكلهم سواء في هذا الحق المشترك، إلا إذا كان لبعضهم ضمان خاص من رهن أو امتياز؛ فتكون له الأولوية والتقدم.

٥ ـ الذمة تبقى بعد الموت محتفظة بوحدتها وشخصيتها في صورة تركة حتى تُصفى.

٣/١٩ ـ موازنة بين النظرين الفقهي والقانوني:

يتضح من مقارنة معنى الذمة وخصائصها في الفقه الإسلامي وفي الفقه الأجنبي أن النظرين الشرعي والقانوني إلى الذمة يتفقان في ناحية ويختلفان في ناحية:

أ ـ فهما يتفقان في فكرة افتراض الذمة وفي معظم خصائصها: فالذمة عند علماء القانون أيضاً هي فكرة مفترضة ومقدرة تقديراً للشخص، وليست شيئاً مادياً محدوداً. وذلك لكي تعتبر الديون متعلقة بالذمة المالية العامة المقدرة للشخص، فلا تتعلق بعين أمواله فتمنع تصرفه بها.

قال الأستاذ محمد كامل مرسي في كتابه «الأموال»:

«ولولا نظرية الذمة المالية لوقع حق الضمان العام Le droit de gage général الذي للدائنين على أموال المدين نفسها فتبقى مثقلة بهذا الحق إلى حين انقضاء الدين. وهذا ثقيل الاحتمال على المدين ويعيق[1] تداول الأموال، فيتقى هذا الخطر بموجب فكرة الذمة المالية، إذ بمقتضاها لا تصير أموال المدين نفسها ضماناً للدائنين، وإنما الذمة المالية هي التي تتحمل الضمان فيقع الضمان العام على مجموع الأموال من غير أن يستقر على أحدها، وهو وإن كان يخول الدائنين حق توقيع الحجوز، غير أنه، إلى الوقت الذي تقع فيه، تكون أموال المدين خالصة من كل مانع، ويستطيع التصرف فيها؛ ويحتج بتصرفاته على دائنيه، إلا إذا كان وقع منه غش fraude وبذلك تصان مصالح المدين ودائنيه معاً» اهـ.

---

(١) الصواب لغة: «يعوق» (ر: القاموس).

ب ـ ولكن إذا كان النظران الإسلامي والأجنبي قد اتفقا في أن الذمة فكرة متصورة فإنهما مختلفان في ماهية هذا المفهوم المتصور لها: فالفقه الأجنبي يتصور الذمة في صورة مال للشخص صالح لوفاء الديون. والفقه الإسلامي يتصورها في صورة محل مقدر في الشخص تثبت فيه الديون، كما سلف بيانه.

فالذمة في الفقه الإسلامي هي **ذمة شخصية**.

أما في الفقه الأجنبي فإنها **ذمة مالية** يقوم مفهومها على أساس مادي هو أموال الشخص.

ولكن لما اعترضتهم مشكلة تعلق الديون عندئذ بعين أموال المدين وما يستوجبه ذلك من شلل في حركته الاقتصادية التجأوا إلى طريقة الافتراض والتجريد التي سار عليها الفقه الإسلامي في نظرية الذمة، فجردوا مفهوم الذمة ونقلوه من معنى **أموال الشخص** والتزاماته الحاضرة إلى مجموعة **حقوقه والتزاماته** الحاضرة والمتوقعة، أي كل ما يمكن أن يتكون له وعليه من حقوق والتزامات، واعتبروا لهذه المجموعة كياناً اعتبارياً مستقلاً عن أمواله القائمة. ولكنها بقيت في نظرهم عبارة عن مجموعة أموال الشخص الضامنة لديونه. فلم يصلوا إلى الخطوة الفنية التي خطاها الفقه الإسلامي في اعتبار مفهوم الذمة أمراً شخصياً محضاً هو تلك المحلية الاعتبارية المقدرة في الشخص لاستقرار الحقوق عليه.

١٩/ ٤ ـ فلذا بقي في مفهوم الذمة القانوني شيء من الاضطراب وقلة الانسجام بين نظرين متنافرين: نظر مادي ونظر مجرد، في موضوع واحد منظور إليه، هو مالية الشخص.

فبينما يعرفون الذمة بأنها «مجموع الأموال التي يختص بها الشخص من حقوق له وتكليفات عليه»[1] تراهم يعتبرون لهذه الأموال خاصية التجرد

(١) كتاب «الأموال» للأستاذ محمد كامل المرسي ف/ ٣.

والاستقلال عن نفسها فكأنها مجموعة أموال أخرى متصورة للشخص ليست ما يملكه حالاً ولا ما سيملكه، لكي لا تتعلق الحقوق بأعيان المال فتحجره.

وكذلك نرى شيئاً من التناقض في اعتبارهم التكليفات التي على الشخص من ديون والتزامات عنصراً من عناصر ذمته، لأن الذمة عندهم هي نفسها ضمان وتوثيق عام لجميع الديون التي على الشخص، ولذا ينزعون بها إلى معنى أمواله لأن فيها ذلك الضمان الاعتباري.

فعلى هذا تكون التكاليف والديون التي على الشخص هي نفسها مما يحتاج إلى ضمان بالذمة، فكيف تكون هي ضماناً لدين آخر نظيرها؟!!.

أما في الفقه الإسلامي فنظرية الذمة، على ما أوضحناه، منسجمة تمام الانسجام وفيها من التفقه ودقة التصور وفن التصوير الحقوقي ما يجعلها صالحة لتنسيق الأحكام، وبعيدة من أصلها عن مشكلة تعلق الدين بالمال.

- فلكون الذمة في الفقه الإسلامي شخصية تنبئ عن ظرف للديون مقدر في الشخص كان من السهل تصورها فيمن له مال ومن لا مال له.

ولكون الدين إنما يشغل هذه الذمة الشخصية للمدين يبقى مال المدين حراً بطبيعة الحال، لا علاقة للدين به، فتكون يده فيه مطلقة في الأصل إلا أن يطرأ ما يوجب تعلقاً للدين بعين المال فيتقيد عندئذ تصرف المدين بماله فيكون تصرفه موقوفاً، كما في حالة الرهن، وحجز المال قضاء لحق الدائن. وكذا حالة مرض الموت، إذ تقتضي تعلق الديون بأموال المريض كما تقدم، فيتوقف تصرف المريض في أَموال بما يضر حقوق الدائنين، لانقطاع الأمل من نشاطه الاقتصادي واكتسابه.



الفصل العشرون

في العين والمنفعة

اختلاف الاجتهادات في تقوم المنافع بذاتها ـ ثمرات اختلاف النظريتين ـ منافع المغصوب ـ نقد نظرية الحنفية.

٢٠/ ١ ـ اختلفت الأنظار الاجتهادية في المنافع هل تعتبر من الأموال القيمية في ذاتها أو لا تعتبر كذلك؟

فذهب الاجتهاد الحنفي إلى أن المنافع، في الأصل، لا تدخل في حيز الأموال، وإنما هي ملك (ر: ف ١٢/ ١) وبهذا جاءت المادة /١٢٥/ من المجلة.

ووجهة نظرهم في هذا أن المنفعة ليست شيئاً مادياً موجوداً، وإنما هي أعراض تحدث شيئاً فشيئاً على حسب حدوث الزمن (البدائع كتاب الغصب ٧/ ١٤٥)، فلا تعتبر ثروة من المال لأنها لا يمكن فيها الإحراز والإدخار.

وعن هذا وضع الاجتهاد الحنفي نظريته المشهورة:

«إن المنافع ليست ذات قيمة في نفسها وإنما ورد تقويمها في الشرع بعقد الإجارة على خلاف القياس للحاجة».

(ر: الهداية، فصل: من غصب عيناً فغيبها).

فلا تقوُّم المنافع في غير الإجارة عند الحنفية لأن القاعدة أن ما ورد على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه.

٢٠/ ٢ ـ وقد ذهب الاجتهادان الشافعي والحنبلي إلى عكس هذه النظرية

فاعتبروا أن المنافع أموال متقومة في ذاتها، لأنها هي المقصودة من الأعيان، فإن أثمان الحاجات والأشياء تقاس بين الناس بمنافعها. وقد سوغ الشارع أن تكون المنفعة مهراً في النكاح، وإن المهر يجب أن يكون مالاً، لقوله تعالى: بعد تعداد محرمات النساء ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ﴾.

٢٠/ ٣ ـ ثمرات اختلاف النظريتين:

وقد نشأ عن اختلاف النظر الاجتهادي في مالية المنافع وتقويمها في ذاتها إختلاف في مسائل عديدة متفرعة عن هذه النظرية الأساسية، أهمها وأشهرها نظرية ضمان منافع المغصوب أو عدم ضمانها.

فالاجتهاد الحنفي على عدم إلزام الغاصب بضمان أجر المثل عن منافع المغصوب، لأنها ليست مالاً مقوماً إلا استثناء بعقد الإجارة، ولا عقد بين الغاصب والمغصوب منه، وإنما يضمن الغاصب قيمة العين أو نقصانها إذا تلفت أو نقصت أو تعيبت في يده. وعلى ذلك وردت المواد /٥٩٦ و ٨٩١ و ٩٠٠/ من المجلة.

وأما الاجتهاد الشافعي والحنبلي فقد أخذ بإلزام الغاصب بأجر مثل المغصوب خلال مدة الغصب، سواء استوفى الغاصب منافعه أو عطلها.

٢٠/ ٤ ـ قال الإمام أبو زيد عبد الله بن عمر الدبوسي الحنفي في كتابه **«تأسيس النظر»** بياناً للاختلافات في هذه النظرية وما تفرع عنها:

«الأصل عند الإمام القرشي أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، قدس الله روحه، ونور ضريحه، أن المنافع بمنزلة الأعيان القائمة. وعندنا بمنزلة الأعيان في حق جواز العقد عليها لا غير ـ أي عقد الإجارة ـ وعلى هذا:

١ ـ قال علماؤنا أن من غصب داراً فسكنها سنين لا أجرة عليه. وعند الإمام الشافعي تجب عليه قيمة المنافع وهي الأجرة، كما لو غصب عيناً من الأعيان فاستهلكها فإنه يضمن قيمتها.

٢ ـ وعلى هذا قال الشافعي إن الإجارة في المشاع جائزة لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان القائمة، ولو باع الإنسان حصة شائعة من العين جاز بيعه فكذلك الإجارة لأنها بيع المنافع. وعندنا لا يجوز الإيجار في المشاع من الأجنبي[١]. أما إيجار أحد الشريكين حصته الشائعة من الشريك الآخر فجائز.

٣ ـ وعلى هذا قال الشافعي أن الإجارة لا تفسخ بالأعذار لأن المنافع بمنزلة الأعيان القائمة، ولو باع عيناً ليس له أن ينقض البيع بالعذر، فكذلك ها هنا. وعندنا تنقض الإجارة بالأعذار[٢].

٤ ـ وعلى هذا قال الشافعي: إن الإجارة لا تنتقض بموت أحد العاقدين. وعندنا تنتقض[٣].

٥ ـ وعلى هذا قال الشافعي: إن الأجرة تجب بنفس العقد بمنزلة الأعيان المبيعة في وجوب ثمنها، وعندنا تجب ساعة فساعة ويوماً فيوماً[٤]، فيجب أن يتمكن ـ أي المستأجر ـ من الانتفاع بعمله، فمهما لم يتمكن من الانتفاع به لا تجب عليه الأجرة» اهـ.

(تأسيس النظر للدبوسي ص٦٢ ـ ٦٣).

---

(١) الأجنبي هنا هو غير الشريك.

(٢) كما لو استأجر دابة للسفر ثم عدل عنه، أو طباخاً للعرس فماتت العروس فللمستأجر فسخ الإجارة (ر: المدخل الفقهي ج١، ف ٧/٤٠).

(٣) انظر ما تقدم في المدخل ج١ في بحث انفساخ العقود (ف ٣/٤٥). ووجه هذه النتيجة الاختلافية أن المنافع المعقود عليها معدومة عند العقد وإنما تحدث آناً فآناً، فلذا كانت الإجارة عند الحنفية بمثابة عقود مستمرة تتجدد اعتباراً بين العاقدين بتجدد حدوث المنافع. فبموت أحدهما لم يبق مجال لافتراض تجدد العقد من جهته بخلاف الاجتهاد الشافعي الذي يرى أن المنافع المعقود عليها كالأعيان القائمة، وإن الإجارة كبيع الأعيان من كل وجه.

(٤) هذا إذا لم يشترط في عقد الإجارة خلافه. فلو اشترط تعجيل الأجرة كلها أو بعضها أو تقسيطها اتبع الشرط (المجلة /٤٧٣). فإن لم يكن شرط اتبع العرف. فإن لم يكن عرف يطالب بالأجرة يوماً فيوماً لتعذر الطلب ساعة فساعة.

٥/٢٠ ـ هذا، ومن الواضح أن نظرية الاجتهاد الشافعي والحنبلي، في إلحاق المنافع بالأعيان في المالية والتقوم الذاتي هي أحكم وأمتن وأجرى مع حكمة التشريع ومصلحة التطبيق وصيانة الحقوق من نظرية فقهائنا في الاجتهاد الحنفي. فإن اعتبار المنافع غير ذات قيمة في نفسها ليس عليه دليل واضح قوي من أدلة الشريعة، لا من نصوصها ولا من أصولها؛ وإنما هو غلو في النزعة المادية بنظرية المال والقيمة في الاجتهاد الحنفي.

وإن تشريع عقد الإجارة بنصوص الكتاب والسنة دليل ناطق بأن الشريعة الإسلامية قد اعتبرت المنافع متقومة في ذاتها حتى أقرت التزام البدل في مقابل الانتفاع، كما أقرت التزام الثمن في مقابل امتلاك العين بالشراء.

ولئن سلم أن عقد الإجارة وارد على خلاف القياس فغير مسلم به أن مخالفته للقياس من جهة كون المنافع غير متقومة في ذاتها بل إنما هي من جهة أن المنافع المعقود عليها معدومة عند العقد.

ومما لا ريب فيه أن ملك العين ليس مقصوداً لذات العين بل لمنافعها. فالمنافع يجب أن تعتبر أساساً في التقويم وقد تربي قيمة المنافع المستوفاة من الشيء في مدة طويلة على قيمة عينه، فكيف يصح إهدار قيمتها واعتبارها كالعدم؟ بل كيف يتزن أن يكون المنتفع بمال الغير غصباً لا أجر عليه، لمجرد أنه عرضة لأن يضمن قيمة العين إن هلكت، مع أنه في كل حال، وإن أعاد العين المغصوبة سالمة، هو على أقل تقدير متسبب في ضرر المالك بحرمانه من منافع ملكه مدة الغصب. والمتسبب المتعدي ضامن كالمباشر للأضرار؟ فمن قواعد الشريعة أنه «**لا ضرر ولا ضرار**». ولو أن المالك أراد أن يسد حاجاته إلى منافع ماله المغصوب خلال مدة الغصب لما استطاع ذلك إلا بعوض يستأجر به ما يقوم له مقام المغصوب.

٦/٢٠ ـ على أن المتأخرين من فقهاء الحنفية لحظوا سيئات النتائج وإضاعة الحق التي تؤدي إليها نظرية عدم ضمان منافع المغصوب، فقصروا من أذيالها، وضيقوا من دائرة شمولها، فاستثنوا **مال اليتيم، ومال الوقف، والأموال**

المعدة للاستغلال، وأوجبوا في كل ذلك على غاصبه التزام ضمان أجر المثل، قيمة للمنافع (المجلة/٥٩٦)، وعللوا ذلك باقتضاء المصلحة الزمنية وبعض اعتبارات أخرى سنراها في محلها على خلاف أصل النظرية في المذهب.

ولا يخفى أن ما صلح من الاعتبارات أن تكون به المنافع كالأعيان مالاً مقوماً مضموناً بالغصب فيما يتعلق باليتيم والوقف والمعد للاستغلال يصلح أن تعتبر به المنافع كذلك بوجه عام في سائر الأحوال.

وليت أن جمعية المجلة، بما منحته من صلاحية الاختيار المعتبرة شرعاً، أخذت في هذا الموضوع بنظرية الاجتهاد الشافعي والحنبلي، فعممت ضمان المنافع واعتبرتها أموالاً مقومة بذاتها في سائر الأحوال، رعاية لمصلحة المجتمع، وزجراً عن العدوان الذي أصبح معظم الناس لا يتحامونه لمجرد حرمته إذا لم تقترن بالمسؤوليات المدنية.

وكم من نظر أو حكم اجتهادي قد كان يمكن قبوله لما كان الدين غضاً في النفوس يثمر التقوى فيها، وكان الورع حاجزاً لها، ثم تبدل وجه النظر والحكم لما فشا الفساد وسادت الأطماع، وأصبح الأمر محتاجاً إلى وازع من التبعات المادية والسلطان لما ضعف وازع الإيمان، كما قال سيدنا عثمان بن عفان رضي الله عنه: «من يَزَعُ السلطانُ[1] أكثرُ ممن يَزَعُ القرآنُ».

على أن بحث ضمان المنافع سنجد تفاريعه أكثر بسطاً في موقعه من بحث الفعل الضار في نظرية الالتزام العامة إن شاء الله.

ملاحظة:

ويجب أن يلاحظ أن الأحكام القانونية اليوم لدينا تقضي بضمان أجر المثل للعقارات على من يشغلها بلا عقد، وعليه عمل المحاكم المستمر.

---

(١) يقال: **وزَعَه يزَعُه وزْعاً** = كردَعَه ردْعاً وزناً ومعنى.

والمعنى: أن من يكفهم عن ارتكاب الجرائم خوفهم من السلطان الحاكم أكثر عدداً ممن تكفهم خشية الله تعالى وموعظة القرآن(ر: النهاية لابن الأثير وتفسير ابن كثير وتفسير القرطبي عند قوله تعالى: ﴿**واجعل لي من لدنك سلطاناً نصيراً**﴾ الآية ٨٠ من سورة الإسراء).

كما أن نصوص القانون المدني تقضي بمسؤولية الغاصب بوجه عام ـ ولو في الأموال المنقولة ـ عن الأضرار التي تلحق المغصوب منه وما يفوته من ربح ومنفعة في ماله المغصوب.

الفصل الحادي والعشرون

في المال المملوك، والمباح، والمحجور

المملوك ـ أقسامه الفرعية وأحكامها:
المستقل، والمشترك، وما تعلق به حق الغير ـ تقسيم المال المشترك وأصول إزالة الشيوع ـ المباح ـ المحجور.

ينقسم المال من وجه سابع، باعتبار دخوله في الملك وعدم دخوله، إلى ثلاثة أقسام: **مملوك، ومباح، ومحجور.**

٢١/ ١ ـ (أ) المال المملوك:

فأما المال المملوك فهو ما دخل تحت الملكية سواء أكانت ملكية فرد أو ملكية شخص اعتباري كدولة أو مؤسسة عامة أو جمعية.

ويتناول المملوك العقار والمنقول على السواء. فمتى دخل المال في الملكية دخولاً معتبراً شرعاً ثبت فيه للمالك جميع الحقوق الخاصة التي تتفرع عن الملكية من انتفاع واستعمال واستهلاك، وله فيه حق نقل ملكيته إلى غيره بعوض وبغير عوض بالطرق المشروعة. كل ذلك ما لم يمس المتصرف بشيء منه حقاً للغير يورثه ضرراً فعندئذ تتقيد حرية المالك في التصرف بما يصون حق غيره.

٢١/ ٢ ـ أقسام فرعية للمال المملوك:

ومن هنا كان المال المملوك نفسه ينقسم إلى نوعين:

١ ـ مال مستقل، أي متميز لا شركة فيه.

٢ ـ ومال مشترك بين مالكين متعددين.

وكل منهما ينقسم إلى قسمين:

ـ ما تعلق به حق لغير المالك.

ـ ما لم يتعلق به حق لغير مالكه.

١ ـ فأما المال الذي لم تتعلق به شركة ولا حق للغير، بل هو مملوك لشخص على وجه الاستقلال، فإن لمالكه أن يتصرف فيه بكل وجوه التصرف القولي والفعلي، إلا إذا كان عقاراً فإنه يتقيد في تصرفه الفعلي فيه بما توجبه حقوق الجوار المفصلة في المواد /١١٩٢ ـ ١٢١٢/ من المجلة.

والمبدأ العام المعتبر في هذه المواد:

أن كل من ملك محلاً صار مالكاً ما فوقه وما تحته، وله أن يتصرف في سطحه وعلوه وجوفه بالحفر إلى أي عمق كان، وبالبناء إلى أي علو كان[1]، وغير ذلك من وجوه التصرف دون أن يضر بجار ضرراً فاحشاً.

والضرر **الفاحش** هو كل ما يمنع الحوائج الأصلية أي المنافع المقصودة من البناء كالسكنى؛ أو يضر بالبناء فيوهنه كاتخاذ طاحون أو معمل حداد يوهن بناء الجار، أو مصبغة أو مدبغة أو معصرة تزعج سكنى الجيران بالرائحة أو الدخان، وكما لو أجرى مياهه أو أقذاره في مجار غير محكمة بحيث تتسرب إلى أسس جيرانه فتوهنها، أو إلى آبارهم فتنجسها، أو أحدث نافذة تطل على مقر نساء جاره.

فكل ذلك يمنع الإنسان منه ولو كان إنما يتصرف في ملكه المستقل (المجلة/١١٩٨ ـ ١٢٠٠).

٢ ـ وأما المال المشترك فيتقيد تصرف كل شريك فيه بما لا يضر بحقوق شركائه الآخرين.

---

(١) يجب أن يلاحظ هنا أن إنشاء الأبنية في المدن مقيد اليوم بما توجبه الأنظمة البلدية من شروط المسافات والارتفاعات بحسب عرض الطرق، وغير ذلك من الاعتبارات التي تراعى فيها القواعد الصحية ومصلحة التنظيم العمراني.

فليس لأحد الشركاء أن يتلف المال المشترك، ولا أن يحوله من شكل إلى شكل، ولا أن يتجاوز حد المعتاد في استعماله.

وعن هذا نشأ في الفقه بحث واسع عما يملكه وما لا يملكه كل من الشركاء من وجوه التصرف في المال المشترك.

وقد أفردت المجلة هذا البحث بفصل خاص عن كيفية التصرف بالأعيان المشتركة في المواد /١٠٦٩ ـ ١٠٩٠/ منها فلتنظر.

والمبدأ العام الذي تدور عليه هذه الأحكام هو تحقيق الانتفاع الممكن لكل شريك بحصته، ودفع الضرر عن بقية الشركاء.

على أنه بالنظر لما في شركة الملك هذه من عرقلة لحرية التصرف وغل للأيدي، قد اتجه التشريع الوضعي لدى كثير من الدول إلى سن أنظمة لإزالة الشيوع جبراً في العقار خاصة دون المنقولات، وذلك بناء على طلب أحد الشركاء، فيقسم العقار المشترك إن كان قابلاً للقسمة ويستقل كل شريك بقسمه. وإن كان غير قابل للقسمة يباع بالمزاد العلني ويوزع ثمنه بين الشركاء، كل بحسب حصته.

وهذا ما عليه العمل في سورية بمقتضى قانون تقسيم الأموال غير المنقولة[١].

٣ ـ وأما ما تعلق به حق الغير فكالمال المرهون أو المأجور، فليس لمالكه أن يتصرف فيه بما يخل بحقوق المرتهن أو المستأجر. فتحجر على المالك فيه التصرفات الفعلية والقولية، إلا بإذن المرتهن أو المستأجر.

---

(١) قد كان مما تفكر به وزارة العدلية سن قانون جديد لإزالة الشيوع يتناول المنقولات أيضاً لأن مشكلات شركة الملك وعراقيلها متحققة في المنقول أيضاً، وإن كانت في العقار أظهر. ومثل هذا التدبير مصلحة تصان به الحقوق وتزال به المشكلات، فتقره قواعد الفقه الإسلامي.

ثم صدر بعد الطبعة الأولى من هذا الكتاب تعديل للمادة /٣/ من قانون حكام الصلح ذي الرقم /٣٥٣/ شمل إزالة الشيوع الجبرية في المنقولات. (ر: المدخل ج١ ف ٢٤/٨).

فإذا باع المالك ماله المرهون أو المأجور فهل يكون بيعه موقوفاً على إجازة المرتهن أو المستأجر؟

الرأي الفقهي الراجح أن حق الإجازة والرفض إنما هو للمالك أو لولي التصرف كالوصي مثلاً، فليس للمرتهن ولا للمستأجر أن يجيزا بيع المالك أو يرداه، بل يكون البيع نافذاً غير موقوف. ولكن يصان حق المرتهن والمستأجر بعدم جواز نزع المال من أيديهما قبل فكاك الرهن أو انتهاء مدة الإجارة، كما يصان حق المشتري الذي يتضرر من تأخير التسليم، وذلك بمنحه الخيار في أن يفسخ البيع أو ينتظر فكاك الرهن أو انتهاء الإجارة (المجلة / ٥٩٠ و ٧٤٧) أي إنما يمتنع تنفيذُ عقد المالك لا نَفَاذُه.

٣/٢١ ـ (ب) المال المباح:

وأما المال المباح فهو ما ليس في الأصل ملكاً لأحد، كالماء في منابعه، وكصيد البر والبحر، وغير ذلك كأشجار البوادي وثمارها. فلكل إنسان أن يحرز منه ما يستطيع، ومن أحرز منه شيئاً فإنه يملكه (المجلة/ ١٠٤٥ و ١٢٥٩).

وهذا القسم من الأموال يسمى في الفقه الأجنبي: الأموال الخالية biens vacants.

وسنتكلم عليه عند كلامنا على الأموال العامة الآتي بيانها في الفرع العاشر.

٤/٢١ ـ (ج) المال المحجور:

وأما المال المحجور فهو ما منع شرعاً تملكه وتمليكه إما لأنه موقوف أو لأنه مخصص للمصالح العامة، كالطريق العام وكالمساجد والمقابر وسائر الأموال الموقوفة. وسيأتي بيانه في الفرع العاشر عن الأموال العامة.

الفصل الثاني والعشرون

في المال القابل للقسمة وغير القابل

معنى قابلية القسمة وعدمها ـ نتائجها في الأحكام الفقهية.

٢٢/ ١ ـ وينقسم المال، من وجه ثامن، إلى: **قابل للقسمة، وغير قابل لها.**

ومعنى القابل للقسمة أن يكون ليس في تجزئته وتبعيضه ضرر.

وضابط ذلك أن يكون نوع المنفعة التي للأصل قبل القسمة ثابتاً لكل قسم منه بعد القسمة.

فالكمية من القمح أو الشعير أو الزيت أو السمن ونحو ذلك تقبل القسمة لتساوي أقسامها في المنفعة وفي القيمة بالنسبة إلى الأصل المقسوم.

وأما الكأس أو الكرسي أو اللؤلؤة مثلاً فكل منها غير قابل للقسمة لأنها لو قسمت تعطلت منفعتها. والثوب المخيط غير قابل للقسمة كذلك؛ وأما القطعة من النسيج فإن كانت كبيرة بحيث تبقى قيمة أقسامها المرادة متناسبة مع قيمة الأصل، كقطعة من الجوخ أو الكرباس إذا أريد تقسيمها إلى قطع تكفي كل منها ثوباً، فهي قابلة للقسمة وإلا فلا. والنسخة الواحدة من كتاب غير قابلة للقسمة.

وأما العقارات كالدور والحانات والحوانيت فإذا أمكنت قسمتها بحيث يبقى كل قسم منها منتفعاً به انتفاع الأصل، كدار كبيرة يراد تقسيمها إلى دارين وحانوت إلى حانوتين فهي قابلة للقسمة. وإذا كانت الدار لو قسمت لا يمكن

أن تخرج منها داران ولكن يمكن أن تحول أقسامها إلى منافع أخرى غير السكنى، بأن تجعل دكاكين مثلاً فهي غير قابلة للقسمة، لتغير أصل منفعتها بالتقسيم.

والعقارات التي فيها أشياء تتوقف منفعتها الأصلية عليها ولا تقبل التجزئة، كالطاحون والحمام؛ هي غير قابلة للقسمة (المجلة/ ١١٣١ و ١١٣٩ و ١١٤٢).

٢/٢٢ ـ نتيجة قابلية القسمة وعدمها:

إن لهذا التمييز بين المال القابل للقسمة وغير القابل ثمرات عديدة في الأحكام المدنية:

١ ـ فالمال القابل للقسمة إذا كان مشتركاً تجري فيه قسمة التفريق القضائية جبراً على الشركاء بطلب أحدهم؛ وتجري فيه أيضاً قسمة الجمع[1] القضائية جبراً إذا كان متحد الجنس، كمجموعة من الكراسي أو كمية من الحبوب.

وغير القابل للقسمة لا تجري فيه القسمة القضائية بل القسمة الرضائية فقط[2] (المجلة / ١١٣٢و ١١٤١).

٢ ـ عقد الهبة إذا ورد على حصة مشاعة من العين، كما لو وهب المالك نصفها أو ربعها يصح إذا كانت العين غير قابلة للقسمة، ولا يصح إذا كانت قابلة، بل يحب عندئذ أن يقسم العين أولاً ثم يهب الجزء المراد هبته

---

(١) قسمة التفريق: هي تقسيم العين الواحدة المشتركة إلى أجزاء. وقسمة الجمع هي تقسيم الأعيان المتعددة إلى أفراد بحيث يختص كل شريك بفرد كامل أو أفراد (ر: المجلة/ ١١١٥).

(٢) يلاحظ أن هذا الحكم في المجلة بالنسبة إلى العقار، معدل بقانون تقسيم الأموال غير المنقولة الذي يوجب إزالة الشيوع بطلب أحد الشركاء على كل حال: فإن كان العقار قابلاً للقسمة قسمه الحاكم؛ وإن كان غير قابل يباع بالمزاد العلني ويقسم ثمنه بين الشركاء، كما تقدمت الإشارة إليه (ر: ج١ ف٢٤/٨ ـ ١٠).

مفرزاً متميزاً (المجلة/ ٨٥٨/ ، والدر المختار كتاب الهبة) والعلة النظرية في ذلك ستري في محلها عند كلامنا على عقد الهبة من العقود المسماة.

٣ ـ العقار المشترك إذا احتاج إلى النفقة الضرورية وامتنع أحد الشريكين عنها فأنفق الشريك الآخر عليه بلا إذن شريكه ولا إذن الحاكم: فإذا كان قابلاً للقسمة يعتبر الشريك متبرعاً بما أنفق فلا يحق له الرجوع على شريكه الآخر بشيء، وإن كان غير قابل للقسمة كان للمنفق حق الرجوع على شريكه بما يصيبه من القيمة التي تقدر لما أجراه في العقار[1] (المجلة/ ١٣١٣).

(١) يلاحظ هنا أن المادة /٧٨٦/ من القانون المدني، وقبله المادة/ ٢٢/ من قانون الملكية العقارية ذي الرقم/ ٣٣٣٩/ تقتضيان إثبات الحق للشريك المنفق على العقار المشترك في أن يرجع على شريكه بما يصيب حصته من نفقات الإدارة والترميم الضروري والتكاليف الأميرية، ولم تتعرض للتفصيل بين ما يقبل القسمة وما لا يقبل، وبين إذن الحاكم وعدمه.

الفصل الثالث والعشرون

في الأصول والثمرات

معنى الأصل والثمرة ـ فائدة التميز بينهما

١/٢٣ ـ وينقسم المال من وجه تاسع إلى قسمين: **أصل، وثمرة.**

فالأصل من الأموال هو ما يمكن أن ينشأ عنه مال آخر كالدور والأراضي والدواب.

والثمرة ما نشأ هو عن مال آخر، وهي الغلات التي تنتج من الأموال الأصول، كأجور العقارات، وثمار الشجر، ونتاج الحيوان من صوف ولبن ونحو ذلك.

ومما تجب ملاحظته في هذا الصدد أنه لا يشترط فيما يعتبر أصلاً أن يكون له ثمرة بالفعل، بل يكفي أن لا يكون هو ثمرة لغيره، كأثاث البيوت وسائر الأموال التي ليست معدة للاستغلال، كما يجب أن يلاحظ أيضاً أنه ليس كل ما ينفصل عن أصل يعد ثمرة، كالانقاض الخارجة من البناء، والحطب من الشجر، لأن هذا إنما ينشأ من نقصان الأصل، فيحتفظ بصفة الأصل وحكمه.

هذا ما يذكره علماء القانون في التمييز بين الأصل والثمرة من الأموال وتعريف كل منهما. (ر: كتاب الأموال للأستاذ محمد كامل المرسي، وغيره).

وفقهاؤنا قد ميزوا بين الأصول والثمرات من الأموال في مباحث ومناسبات متفرقة، كالبيع والغصب والوقف، ويسمون الثمرة تارة «غلة» وتارة «خراجاً» ـ بفتح أوله ـ وبذلك سميت في الحديث الشريف كما سيأتي بيانه.

والخراج عندهم كل ما خرج من غيره، فيشمل الزيادة المتولدة المنفصلة

كثمر الشجر وولد الحيوان، وغير المتولدة كأجرة الشيء المأجور، ويشمل أيضاً منافع الشيء. (الأشباه والنظائر لابن نجيم، الفن الأول القاعدة العاشرة).

ويلحظ في هذا المقام أن فقهاءنا قد عنوا بتعريف الخراج والثمرة ولم يرد لهم تعريف صريح للأصل من الأموال، وإن كان يفهم ضمناً من كلامهم. فلذا استعنا بتعريف علماء القانون، وهو موافق للنظر الشرعي والأحكام التي أثبتها فقهاؤنا لكل من هذين النوعين من الأموال. يقول بعضهم: إن الثمرة ما ينشأ عن الأصل بصورة دورية ولا يلحق بالأصل تلفاً أو نقصاً كبدل الإيجار ومحصول الأرض.

٢/٢٣ ـ فائدة التمييز بين الأصول والثمرات:

إن لهذا التقسيم أثراً كبيراً في بعض الأحكام الفقهية، إذ تختلف في الموضوع الواحد بحسب كون المال الذي يتعلق به الحكم أصلاً أو ثمرة.

١ ـ فالمال الموقوف محجور أصله فلا يملك ولا يوزع منه شيء على مستحقي الوقف، ولكن ثمرته مملوكة لهم وتوزع عليهم. ولذا وجب التفريق في الحكم بين استبدال المال الموقوف وبين أجرته.

فبدل الاستبدال هو ثمن العقار الموقوف المستبدل به وهو عوض عن الأصل، فلا يوزع في مصارف الغلة، بل يجب أن يشترى به عقار يحل محل المستبدل به؛ أما الأجرة فهي غلة توزع.

وكذلك أنقاض الوقف التي تخرج من ترميم أو تهديم، وحطب الشجر المثمر الموقوف، فإن ذلك لا يوزع في مصارف الغلة، بل يصرف على عين الموقوف أو يدخل في ترميمه.

٢ ـ الأموال العامة الأخرى غير الموقوفة ـ وهي المخصصة لمصالح المجتمع ـ كالطرق والأنهار الكبرى والحدائق العمومية ونحوها مما سيأتي ذكره في الفرع العاشر، وإن كانت رقابها لا تقبل الملكيات الفردية؛ يمكن تمليك ثمراتها إن كان لها ثمرة، لأن ثمرتها في حكم الأموال الخاصة من حيث قابلية

التمليك حتى إن المسجد إذا كان فيه شجر مثمر جاز بيع ثمرته وصرف ثمنها في مصارف غلة الوقف.

٣ ـ إن الغلة وسائر الثمرات يملكها مالك الأصل الضامن له ـ أي الذي يهلك الأصل من حسابه ـ ولو انتقضت ملكيته؛ فإن هذا الانتقاض لا يكون له استناد، أي تأثير رجعي، بالنسبة إلى الثمرة.

فمن اشترى داراً أو دابة فآجرها، ثم اطلع على عيب قديم فردها به، فالأجرة له خالصة لا يضمنها للبائع، لأن الأصل كان في ملكه وضمانه.

والنظرية الشرعية في هذا الموضوع تستند إلى قول النبي عليه السلام: «**الخراج بالضمان**». وقد اتخذ منه الفقهاء قاعدة فقهية عامة، كما تقدم في الجزء الأول (ر: م/ ٨٥/و المدخل الفقهي ج١ ف ٨١/ ٨١).

ومثل ذلك ما لو وهب إنسان لآخر شيئاً كدابة مثلاً، فولدت عند الموهوب له، أو أجرها وأخذ أجرتها،ثم رجع الواهب في هبته، فإنما يسترد الأصل دون الولد أو الأجرة (م/ ٨١٩).

٤ ـ في العقود والتصرفات التي موضوعها تمليك المنفعة يستحق الثمرة مالك المنفعة. ففي إيجار الدار يكون ثمر الشجر الذي فيها للمستأجر، وكذا في الوصية بمنفعة الدار.

الفصل الرابع والعشرون

في الأموال الخاصة، والأموال العامة

تعريف المال الخاص والعام وأنواعهما ـ المباحات المشتركة الثلاثة ـ الأنهار الخاصة والعامة ـ إنقلاب المال الخاص إلى عام وبالعكس ـ تقسيم الأموال العامة بحسب ما هي مخصصة له ـ ثمرات التمييز بين المال الخاص والعام.

١/٢٤ ـ وينقسم المال من وجه عاشر، باعتبار صاحب العلاقة به، إلى قسمين: **الأموال الخاصة، والأموال العامة.**

١ ـ فالأموال الخاصة: هي ما دخلت في الملك الفردي فكانت محجورة[1] عن الكافة، أي أنها ليست مشاعة بين عموم الناس ولا مباحة لهم لا رقبة ولا منفعة.

٢ ـ والأموال العامة: هي ما ليست داخلة في الملك الفردي، فهي لمصلحة العموم ومنافعهم.

٢/٢٤ ـ وإيضاح ذلك: إن الأشياء إما أن تكون بطبيعتها قابلة للحيازة، أي مما يمكن أن يستأثر أحد بإحرازها، أو غير قابلة.

أ ـ فغير القابلة للحيازة بطبيعتها كالهواء والبحار.

---

(١) رأينا في تعريف الملك أنه: **«اختصاص حاجز»** أي يحجز غير المالك عن التصرف والانتفاع والتدخل في الشيء المملوك لغيره (ر: ف ٣/٢ ح والجزء الأول ف ٢٣/٣).

وهذه لا تدخل في الملكيات مطلقاً، ولا تقبل ورود العقود عليها بحال، وهذا لا بحث لنا فيه.

ب ـ والقابلة للحيازة كسائر الأموال المنقولة.

وهذه الأموال القابلة للحيازة قسمان: إما أن تكون داخلة فعلًا في الأملاك الفردية، أو غير داخلة.

والقسم الثاني منها، أي غير الداخلة في الملك الفردي، نوعان:

النوع الأول: أموال قابلة للتملك الفردي لكنها لم يقع عليها سبب من أسباب الملكية، فلم تمتد إليها يد بالإحراز مع جواز إحرازها وتملكها لو وقع. وذلك كحيوان الصيد، وحطب البوادي، والأراضي الموات.

والنوع الثاني: أموال غير قابلة للتملك الفردي لأنها معتبرة شرعاً من مرافق المجتمع لمصلحة أهله كافة، فلا يجوز إِستيلاء الأفراد عليها، كالأنهار الكبيرة، والماء الجاري تحت الأرض ـ مما يسمى اليوم: **المياه الجوفية** ـ والطرق العامة، والجسور إلخ...

وهذا القسم ـ أي غير الداخل في الملك الفردي بنوعيه ـ يسميه الفقهاء: **المباحات** (المجلة/ ١٢٣٤ ـ ١٢٣٨).

فالمباح في الاصطلاح الفقهي يشمل نوعين:

١ ـ ما أبيح إحراز عينه وتملكها.

٢ ـ وما أبيحت منافعه دون ملكيته.

فالأول: يدخل في الملكيات الفردية بمجرد الإحراز الواقع بشرائطه الشرعية، فيصبح ملكاً خاصاً لمن يحرزه.

والثاني: لا يدخل في الملكية الخاصة، لا لأنه بطبيعته غير قابل لها، بل بحكم الشرع لتعلق مصالح الجماعة به.

والأصل الفقهي في التمييز بين هذين النوعين بحسب دلائل النصوص هو أنه:

ـ إذا كانت حاجة الجماعة متعلقة بعين الشيء، كالطرق والجسور والمعابد إلخ... تحجر عينه وتباح منافعه.

ـ وأما إذا كانت حاجة الجماعة متعلقة بنوع الشيء لا بعينه، كحيوان الصيد وحجر المقالع وشجر البوادي والغابات؛ فإنه تباح عينه بصورة يحفظ معها نوعه.

ويصح بمقتضى دلائل النصوص الفقهية أن يقال:

القاعدة هي أن جميع الأشياء قابلة في الأصل للملك الفردي، إلا ما خرج فيها عن إمكان الحيازة بطبيعته كالهواء والبحار، أو بحكم الشرع كالمرافق العامة من طرق وجسور ومراع ونحوها.

٢٤/٣ ـ المباحات العامة الثلاثة:

هذا، وقد اعتبر شرعاً ثلاثة أشياء من المباحات العامة مشتركة بين جميع الناس بنص الحديث النبوي الثابت، وهي: **الماء، والكَلأُ، والنار**[١].

٢٤/ ٤ ـ الماء:

ومعنى الشركة العامة في الماء أنه إن كان في منابع آباره أو مسالكه تحت الأرض، ولو في أرض مملوكة، لا يعتبر ملكاً لأحد، بل لكل واحد من الكافة أن ينتفع منه بما يسمى: **حق الشفة**، وهو أن يشرب بفمه، ويسقي مواشيه ـ لا أراضيه ـ ويغسل، ونحو ذلك. وعلى صاحب الأرض أن يمكنه

---

(١) نص الحديث: «**المسلمون شُركاءُ في ثلاثٍ: في الماءِ، والكَلأَ، والنار**» رواه أحمد وأبو داود، وفي رواية: «الناس شركاء..» وخرجه ابن حجر في بلوغ المرام (باب إحياء الموات)، وأبو يوسف في الخراج.
والكلأ (بفتحتين) هو العشب.
قال ابن عابدين في رد المحتار تفسيراً لهذا الحديث:
«أي شركة إباحة لا شركة ملك. فمن سبق إلى شيء من ذلك في وعاء أو غيره وأحرزه فهو أحق به؛ وهو مالك له دون من سواه».
(ر: فصل الشرب من رد المحتار ج ٤ص/٢٨٣).

من استخراج ما يكفيه لذلك، أو يخرجه هو له، ولا يسوغ له منعه إذا لم يجد ماء سواه بقربه.

لكن ما استخرج من هذه المياه وأحرز يصبح ملكاً خاصاً لمحرزه لأن الإحراز من أسباب الملكية (المجلة / ١٢٤٨). وكذا الماء المجموع جمعاً في الآبار غير النابعة أو الأحواض، فهو ملك محجور لجامعه.

وأما إن كان الماء جارياً على الأرض من عين مملوكة فهو ملك لأصحاب الأراضي التي تسقيها تلك العين، لكن يثبت فيه للكافة حق الشفة المتقدم.

٢٤/ ٥ ـ وأما الأنهار فقد قسمت إلى قسمين: **خاصة، وعامة.**

أ ـ فالأنهار الخاصة هي ما تتفرق مياهها وتستنفذ في أراضي أشخاص معدودة حتى تمحى، ولا ينفذ منها بقية إلى مصب عام كالمفازة والبحر.

وهذه الأنهار في حكم العيون الجارية. فمياهها هي ملك لأصحاب الأراضي التي تسقيها، وإنما للكافة فيها **حق الشفة.**

ب ـ والأنهار العامة هي الأنهار الكبرى التي تجري فيها السفن كدجلة والفرات والنيل؛ وكذا التي لا تجري فيها السفن ولكنها تسقي أراضي خاصة لا تمحى فيها بل يبقى منها بقية مباحة تصب في مصب عام.

وهذه الأنهار العامة لا تدخل في ملك أحد من أفراد الناس شرعاً، ويثبت لكل إنسان فيها ـ علاوة على حق الشفة ـ **حق الشرب**[١]، أي للري الزراعي أيضاً، وهو أن يسقي منها أراضيه بشق الجداول إليها، وإنشاء المسناة أو النواعير، أو النزح بأي وسيلة كانت؛ وكذا نصب الطواحين، ما لم يضر بالناس في شيء من ذلك، لأن الانتفاع بالمباح إنما يجوز إذا لم يضر بأحد (الدر المختار، فصل الشرب)[٢].

---

(١) **الشِرْب** (بكسر الشين) هو النصيب من الماء، ونوبة الانتفاع به سقياً للزراعة والحيوانات (ر: المصباح، والدر المختار ج٥ فصل الشرب)
أما الشُرب (بضم الشين) **فهو** تناول الماء بالفم.

(٢) يلاحظ هنا أن القرار ذا الرقم/ ١٤٤/ الصادر عن المفوضية العليا الفرنسية في عهد=

وإذا دخل شيء من مياه هذه الأنهار العامة في المقاسم - أي المجاري المملوكة - بشق الجداول ونحوها أصبح ملكاً لأصحاب المقاسم ليس لأحد فيه إلا حق الشفة.

٦/٢٤ - الكلأ:

وأما الكلأ فالمراد به العشب النابت بنفسه في الأراضي مطلقاً، مملوكة كانت تلك الأراضي، أو غير مملوكة (المجلة/ ١٢٣٤).

فلو كان مستنبتاً في الأراضي المملوكة استنباتاً بفعل صاحبها وسقيه كان ملكاً خاصاً له محجوراً عن سواه.

فعين الكلأ النابت بطبعه تعتبر شرعاً من المباح العام. فما دام قائماً على أرضه غير محوز يعتبر كالمياه في منابعها، لا يملكه صاحب الأرض بل لكل واحد أن يحتشّ منه لحيوانه. وعندئذ يكلف صاحب الأرض أن يمكنه من الاحتشاش، وله أن يمنعه من دخول أرضه على أن يحتش هو ويخرج له عند الحاجة، إن لم يكن بالقرب منه كلأ مباح يغنيه عنه[1] (المجلة/ ١٢٥٧/ وفصل الشرب من الدر المختار).

٧/٢٤ - النار:

وأما النار فالمراد بها ما يوقدها الإنسان في المفازة. فمادة هذه النار هي

= الانتداب، يقضي بجعل جميع الأنهار والمجاري في سورية ملكاً للدولة دون تفريق بين الأنهار الخاصة والعامة، وإنما لأصحاب الأراضي إسالة المياه. والهدف في ذلك إصلاح الري العام وجعله تابعاً لأنظمة خاصة وتقسيمات اقتصادية في المستقبل.

(١) إن المواد/ ٧٦٨ - ٧٧٠/ من القانون المدني وقبله المادتان /١٢ و ١٣/ من نظام الملكية العقارية السابق ذي الرقم /٣٣٣٩/ تعتبر من ثمرة الملكية أن لصاحبها الحق في جميع ما ينتجه العقار، وفي كل ما يتحد به اتحاداً تبعياً، سواء أكان الاتحاد طبيعياً أو صناعياً.

وتشمل ملكية الأرض ملكية ما فوقها وما تحتها.

وعلى ذلك يمكن أن يعتبر هذا موجباً ملكية صاحب الأرض المملوكة للكلأ النابت فيها بطبعه كالنابت بالاستنبات على خلاف حكم المجلة في ذلك.

ملك له خاصة؛ وإنما المباح فيها لغيره حق **الاصطلاء والاستدفاء والاستضاءة** بها للعمل دون أن يأخذ منها جمرة، لأن الجمرة فحمة متشهبة مملوكة لصاحبها (المجلة/ ١٢٦١).

٨/٢٤ ـ انقلاب المال الخاص إلى عام، وبالعكس:

أ ـ قد ينقلب المال الخاص إلى مال عام. وذلك:

١ ـ إما بإرادة مالكيه وتخصيصهم، كالمساجد والمقابر الموقوفة؛ فإنها قبل الوقف مال خاص مملوك لأصحابه، فبالوقف تصبح لمصالح الكافة.

٢ ـ وإما بإيجاب الشرع، كما في الاستملاك الجبري لأجل المصالح العامة، كاستملاك الحكومة أرضاً لجعلها طريقاً أو مستشفى أو غيرهما من مصالح المجتمع.

ب ـ وقد ينقلب المال العام إلى خاص، كما لو استبدل مستشفى موقوف أو من أملاك الدولة؛ إذ يصبح ملكاً لمشتريه، ويحل بدله محله في الوقف أو في بيت المال العام؛ وكما لو استغني عن طريق، فللحكومة أن تبيعه فيصبح ملكاً خاصاً، كما سنرى قريباً.

وهذا النوع (أي الذي يكون أو يصبح ملكاً خاصاً لبيت المال العام يفسح مجالاً لجعل التقسيم في الأموال من حيث الخصوص والعموم ثلاثياً: مال عام، ومال خاص، ومملوك لبيت المال.

وهذا القسم الثالث يشترك مع المال الخاص في بعض الأحكام، ويتميز عنه في البعض الآخر، ومما يتميز به عن المال الخاص:

أ ـ أنه لا يجوز للسلطان أن يتبرع به هبة لمن يشاء، لأنه ليس ملكاً له شخصياً، بل هو للمصلحة العامة التي تتعلق بها حقوق جميع الناس. فيضمن ولي الأمر بالتفريط فيه، يضمنه من ماله الخاص.

ب ـ أنه في المبادلة به أو بيعه لا يغتفر فيه الغبن اليسير كما لا يغتفر في

مال اليتيم ومال الوقف. (ر: المدخل الفقهي العام ـ ف٣٥/ ٨ و٨١/ ٦٣)[1].

٩/٢٤ ـ تقسيم الأموال العامة، وجهة العموم فيها:

ومن هنا يمكن تقسيم الأموال العامة، بحسب تخصيصها إلى ثلاثة أقسام:

الأول: ما هو مخصص بذاته لمصالح العامة ومنافعهم الدينية أو الحيوية. وذلك كالمساجد، والمقابر، والطرق، والجسور، والقناطر، والمستشفيات، والحدائق، والمدارس، وسائر المؤسسات العامة. وكذا الأراضي المتروكة ـ لقربها من العمران ـ مرعىً أو محتصداً أو محتطباً (المجلة/ ١٢٨١).

الثاني: ما هو مخصص للاستغلال لإحياء جهة عامة بموارده وغلته. وهو عقارات الوقف، ومستغلات بيت المال التي تدخل في زمرة ما يسمى اليوم: **«أملاك الدولة»**.

الثالث: ما كانت عموميته، لا لأن مصالح العامة وحاجتهم متعلقة بذاته، بل لأنه في ملك جهة عامة، مع أنه مهيأ بذاته للتداول والتمليك. وذلك كغلات الأوقاف العائدة لجهات خيرية موقوف عليها، وغلات بيت المال بمختلف فروعه، والأراضي الموات.

أ ـ فالقسمان الأولان محجورة رقابهما عن التداول، فليسا محلاً لعقود التمليك، لأنهما لا يدخلان في الملكية الفردية الخاصة.

غير أنه يمكن أن تنسلخ عن المال في هذين القسمين صفته العامة هذه في أحوال تستدعي ذلك شرعاً؛ ويعود إلى أولياء الأمر حق التقدير والتقرير فيها. وعندئذ يمكن أن ينقلبا إلى أموال خاصة.

---

(١) بهذه المناسبة أذكر أنه جاء في فتاوى العلامة الونشريسي المالكي عن الأوقاف التي يقفها السلاطين على أنفسهم وذراريهم: أنهم إذا وقفوها من أموالهم الخاصة فوقفهم باطل، ومردود إلى بيت المال لأن أموالهم الخاصة يحوزونها عادة من بيت مال المسلمين بغير حق، ما لم يثبت أنهم إنما وقفوها من ملكهم الخاص الذي امتلكوه بوجه مشروع. (ر: المعيار المُعْرِب للونشريسي ٧/ ٣٠٨ ـ ٣١٠).

وذلك كما إذا حول الطريق العام، فاستغني عن موقعه الأصلي. فيباع لحساب بيت المال ويصبح ملكاً خاصاً. ومثل ذلك سائر ما يستغنى عنه من الأموال العامة كما تقدم (ف٢٤/٨).

وكذا إذا دعت الضرورة للاستبدال بعقار الوقف بمسوغاته الشرعية، فإنه يستبدل به ما هو أنفع للوقف بإذن القاضي وتقديره. فيصبح الموقوف ملكاً خاصاً لمشتريه ويحل بدله محله في الوقف.

على أنهم قد استثنوا المسجد فاعتبروا فيه صفة الأبدية؛ فلا تنسلخ عنه مسجديته عند الحنفية ولو استغني عنه (ر: الدر المختار كتاب الوقف ٣/ ٣٧١).

ب ـ وأما القسم الثالث ـ وهو غلات الأوقاف الخيرية، وغلات بيت المال، والأراضي الموات ـ فإنه بمقتضى غايته يجري فيه التداول شرعاً.

ويعتبر ـ وهو في يد بيت المال أو مؤسساته الفرعية أو الوقف ـ كالأموال الخاصة في يد أصحابها، توفى به الحقوق والأجور والرواتب وسائر الالتزامات، فيدفع بالوجوه المشروعة إلى من يستحقه. وكل من أعطي منه شيئاً باستحقاق شرعي، يملكه، لأنه في الأصل مخصص للتمليك في الوجوه المشروعة.

وعن هذا لو أحيا إنسان أرضاً مواتاً بإذن السلطان يملكها (المجلة/ ١٢٧٢).

والنظر الشرعي في ذلك أن هذا القسم إنما تتعلق المصلحة العامة بماليته وقيمته، لا بعينه وبقائها لأجل منافعها الذاتية أو دوام غلتها.

هذا ما يمكن تلخيصه من فكرة الأموال العامة بالنظر الشرعي.

(ولتنظر النصوص التي تؤيد هذا التقسيم بصراحتها أو دلالتها في كتاب الوقف، وإحياء الموات، وفصل الشرب، وكتاب الصيد، وبعض تفاريع كتاب الجهاد، ككتاب العشر والخراج، وكمصارف بيت المال، في معظم المؤلفات

الفقهية كالبدائع والهداية ورد المحتار وغيرها. وكذا المواد/١٢١٣ ـ ١٢١٨/ والمواد/ ١٢٣٤ ـ ١٣٠٨/ من المجلة).

٢٤/ ١٠ ـ ثمرة التمييز بين المال الخاص والعام شرعاً:

لهذا التفريق بين المال الخاص والعام نتائج هامة وثمرات في الأحكام المدنية، منها أساسي ومنها شكلي، أشرنا إلى بعضها في المناسبات السالفة من البحث، ونجمل أهمها فيما يلي:

١ ـ من حيث قابلية التداول وعقود التمليك مما تقدم ذكره في صلب البحث.

فالأموال الخاصة تقبل التداول وعقود التمليك. والأموال العامة لا تقبل ذلك، سوى القسم الثالث الآنف الذكر (ف٢٤/ ٩).

٢ ـ تضمن قيمة منافع مال الوقف، إذا غصبه غاصب ثم أعاده، استثناء من أصل نظرية الفقه الحنفي في أن منافع المغصوب غير مضمونة كما تقدم (ر: ف ٢٠/ ٥).

٣ ـ المال العام لا يحق لأحد ـ ولو السلطان أو سائر ممثليه في فروع الأعمال ـ أن يسامح فيه من يدخل عليه، أو يصالح عنه، أو يبرئ من لزمه ضمانه بإتلاف أو غصب أو غيرهما من الأسباب. وهذا على خلاف حكم المال الخاص الذي يعود لصاحبه حق المسامحة فيه بصلح أو إبراء أو هبة إلخ...

٤ ـ إشتراك أصحاب الأراضي في الشرب من الأنهار العامة لا يجعلهم خلطاء في حقوق أراضيهم فلا يثبت لهم حق الشفعة فيها بهذا السبب.

أما الاشتراك في نصيب الشرب من الآبار والأنهار الخاصة المملوكة فإنه يعتبر من أسباب الخلطة في حقوق العقار فيثبت به حق الشفعة (المجلة/١٠٠٨ و ١٢٣٩).

٥ ـ الحجز[١] القضائي قانوناً لا تقبله الأموال العامة كأملاك الدولة فلا يجوز حجز هذه الأموال لاستيفاء الدين. أما الأموال الخاصة فتحجز.

٦ ـ في سريان حكم التقادم (مرور الزمن) ومدته[٢].

فالتقادم يسري في الحكم الفقهي على الحقوق الخاصة ومدته العادية خمس عشرة سنة. فإذا مرت مروراً معتبراً دون ادعاء بالمال من قبل صاحبه لا تسمع دعواه بعدها.

وأما حكم التقادم في الأموال العامة ومدته فعلى التفصيل:

أ ـ فمنها طائفة لا يتقادم الحق فيها أبداً. فإذا استولى على شيء منها أحد يجوز في كل وقت الادعاء به لرده إلى أصله، وذلك في كل ما هو مخصص بذاته لمنافع العموم، كالطريق العام والنهر والمرعى (المجلة/ ١٦٧٥).

والنظر الفقهي في ذلك أن التقادم يتوقف سريانه بالمعاذير، كالسفر والصغر والجنون. والناس كافة هم في الأصل أصحاب الحق بهذه الأشياء، ولا يخلو مجموعهم من أصحاب الأعذار المانعة لمرور الزمن.

ب ـ ومنها طائفة يسري عليها التقادم لكن مدته فيها تختلف عن مدة التقادم العادي في الأموال الخاصة.

فرقبة الأموال الموقوفة من منقول أو عقار، والحقوق العينية التي

---

(١) الحَجْز (بالزاي المعجمة) في الاصطلاح القانوني اليوم يسميه فقهاء الشريعة حَجْراً (بالراء المهملة)، فهم يقسمون الحجر إلى نوعين: حجر الشخص (وهو سلب أهليته أو الحد منها قضاء، وهذا متفق مع الاصطلاح القانوني)، **وحجر المال** أي عزله قضاء عن سلطة صاحبه تمهيداً لبيعه في وفاء الديون (المجلة/ ٩٩٨ و ٩٩٩) وهذا يسميه القانون حجزاً (بالزاي المعجمة) وهو الاصطلاح الأفضل للتمييز بين النوعين في الاسم. وأن نظامه القانوني اليوم لا ينافي الشريعة بل يتفق مع قواعد المصالح المرسلة لأنه حكم استصلاحي لتنظيم وفاء الحقوق.

(٢) قدمنا في المدخل الفقهي العام في بحث الاستصلاح أن حكم التقادم بوجه عام مؤسس في الفقه الشرعي على قاعدة المصالح المرسلة في أصل فكرته وفي مدته: (ر: المدخل الفقهي العام ف ٥/ ١١).

للأوقاف على بعض العقارات الأخرى من مملوكة أو موقوفة، وكذا أموال بيت المال، كل ذلك مدة التقادم المانعة من سماع الدعوى به هي ست وثلاثون سنة، إلا الأراضي الأميرية فمدة التقادم فيها عشر سنين (المجلة/ ١٦٦٢).

على أن القانون المدني (وقبله قانون الملكية العقارية السابق)، والقرارات المتعلقة بالتحديد والتحرير وإنشاء السجل العقاري، قد أتت بأحكام جديدة مفصلة في التقادم بالنسبة للعقارات الخاصة والعامة، تختلف مددها بحسب وجود تسجيل أو تصرف، وبحسب أنواع العقارات، فلتنظر في مواطنها من الأحكام العقارية.

٢٤/ ١١ ـ هذا ويمكن أن تعتبر الأموال الموقوفة، من حيث الأحكام التي تراعى فيها، حداً وسطاً بين الأموال الخاصة والعامة. ولذلك يسميها الأستاذ فتحي زغلول في شرحه للقانون المدني المصري ـ (القديم) ص/ ٥٠ ـ باسم: **«الأموال ذات الشَبَهين»**:

ـ فهي تشبه الأموال المخصصة للمنافع العامة من جهة غايتها وعدم جواز التصرف فيها.

ـ وتشبه الملك الخاص من جهة جواز امتلاكها بمرور الزمن وجواز حجزها وبيعها لمن كان له حق عيني عليها قبل وقفها، أو كان له دين على الواقف لا وفاء له إلا منها.

٢٤/ ١٢ ـ ملاحظات:

١ ـ في الفقه الأجنبي يقسمون الأموال إلى: **أموال مادية، وأموال معنوية.**

ويريدون بالمعنوية ما كان له اعتبار في ثروة الإنسان، ولكنه ليس أعياناً مادية في الوجود الخارجي. فتدخل في ذلك الحقوق الشخصية والعينية، والمنافع، والملكية الأدبية للمؤلفين في انحصار حق طبع مؤلفاتهم، والملكية الصناعية للمخترعين، وحق استعمال العناوين التجارية، ونحو ذلك.

فكل منفعة أو حق خولهما القانون إنساناً فهما **مال معنوي** يمكن أن يباع ويشترى.

وهذا التقسيم لا يتناسب مع مفهوم المال بالنظر الشرعي المبني عليه بحثنا. فقد فرق فقهنا بين **المال، والملك**. فاعتبر الحقوق والمنافع ملكاً يستمتع به، لا مالاً ترد عليه العقود، إلا استثناء كما تقدم.

لكن هذا التقسيم إلى مال مادي ومعنوي يتناسب مع أحكام القانون المدني، وقبله مع مقتضى المادة/ ٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية السابق، تلك المادة التي أدخلت جميع الحقوق والمنافع في جملة الأموال التي يصح ورود العقود عليها.

فلذا لم ندخل هذا التقسيم في تقسيماتنا للأموال بالنظر الفقهي، واكتفينا بالإشارة إليه.

٢ ـ يفرق، في الأصل، بين **الأشياء، والأموال**.

ـ فالأشياء أعم من الأموال لأن كل مال هو شيء ولا عكس. فالشمس، والقمر، والهواء، هي أشياء، ولكنها ليست أموالاً بالنظر الشرعي ولا القانوني. فبين المال والشيء من النسبة ما يسمى **العموم والخصوص المطلق**.

غير أن الاصطلاح الحقوقي على عدم التفرقة بينهما، وعلى ذلك جرى القانون المدني أيضاً، (ر: كتاب «الأموال» للأستاذ محمد كامل المرسي ف/ ٢). وذلك لأن الأشياء التي يتناولها البحث الحقوقي إنما هي ما يمكن أن تتعلق به الحقوق، وهو الأموال.

الباب الرابع

في الأشخاص

مخطط الباب الرابع:

الأشخاص الحُكْمِيّة:



الفصل الخامس والعشرون

لمحة عامة عن الشخصية

ارتباط فكرة الحق بالشخصية الإنسانية ـ أَحوال الإنسان في نطاق شخصه وأسرته ـ علائقه في المجتمع ـ تطور النظر الحقوقي إلى الشخصية.

١/٢٥ ـ رأينا في الفصل الأول أن الأشخاص من عناصر الحق والالتزام. فالحقوق جميعاً، والالتزامات، إنما تكونان للأشخاص وعليهم. فالحقوق كزمام في يد شخص؛ والالتزامات كوَقْرٍ على كتف شخص.

فالشخصية الإنسانية هي منشأ فكرة الحق المدني وعليها مداره واستقراره، فمنها مبدؤه وإليها منتهاه والإنسان في ذلك دائماً طالب أو مطلوب[١].

---

(١) لئن أقرت بعض النظريات أن حقوق الارتفاق العقارية إنما هي حقوق لعقار على عقار، وليست لأشخاص، فليس معنى ذلك انتفاء العنصر الشخصي أصلاً من حق الارتفاق، وإنما معناه أن الشخص فيه غير معين، لأن تبدل المالكين في العقارين لا يؤثر في شيء من أوضاع الحق بين العقارين، بل يبقى ثابتاً بينهما. ولكن حق الارتفاق في الحقيقة إنما هو لمصلحة الأشخاص المالكين بلا تخصيص، فهم المتمتعون به المنتفعون بثمرته (ر: ف ٢/ ٥ الحاشية).
حتى أن فريقاً من القانونيين يرون أن الحق العيني نفسه، هو كالحق الشخصي يشتمل على جانبين من الأشخاص لا على جانب واحد؛ ففيه صاحب الحق من الجهة الإيجابية كما تقدم، وفيه من الجهة الأخرى السلبية جميع الناس يعتبرون مكلفين شرعاً أن لا يمانعوه في استيفاء حقه ولا يحولوا بينه وبينه (ر: «الأموال» للأستاذ محمد كامل المرسي، ف/ ١٣٥/ ، ونظرية العقد للأستاذ السنهوري).
فالفرق الحقيقي بين الحقين الشخصي والعيني أن الطرف الممثل للناحية السلبية هو في الحق الشخصي شخص معين، وفي الحق العيني هو غير معين لأنه الناس كافة. وهذا مستند مذهب «**الشخصيين**» في الفقه الأجنبي الذين يرون أن جميع الحقوق شخصية.

فتصور الأشخاص متلازم مع تصور الحق لا ينفك عنه، لأنهم على كل حال هم أهل الحقوق وحملتها، ولولا التزاحم بين أفراد الناس على المنافع الحيوية لما كان من مجال لوجود فكرة الحق ونظامه بينهم (ر: ف ١/١).

٢٥/ ٢ ـ إن رجال الحقوق والقانون إنما يعنون بدراسة أحوال الإنسان من جهة أنه مخلوق ذو حقوق، فيبحثون في شأنه من ناحيتين:

١ ـ فيما يتبع شخصه من الخصائص والأحكام في نطاق ذاته وأسرته. فيبحثون بدء شخصيته وانتهاءها، وموطنه، وغيابه، وفقدانه، وأهليته على اختلاف أنواعها، وزواجه، وطلاقه، وما ينشأ عنهما.

وهذا هو قسم **الأحوال الشخصية**.

وقد جرت العادة في ترتيب القوانين المدنية الحديثة أن تستهل بالبحث عن هذه الأحوال الشخصية وأحكامها تحت عنوان: **الأشخاص**.

٢ ـ في اتصاله بأبناء جنسه عامة، ما يولده ذلك بينهم من حقوق وواجبات.

وهذا هو قسم **المعاملات المدنية** الذي يشتمل على نظرية الالتزامات وأحكام العقود، وعلى نظرية الحقوق العينية أو الأموال.

٢٥/ ٣ ـ وإن فقهائنا قد بحثوا في أحوال الأشخاص ودونوا أحكامها في شتى النواحي، ولكنهم لم يفردوها بقسم مستقل من الفقه تكون فيه مجموعة بعضها إلى بعض، ومفصولة عن سواها من الأحكام التي تنظم علائق أفراد المجتمع المالية، بل سلكوا ترتيباً آخر كانت به أحوال الأشخاص متفرقة خلاله.

فلم يكن ينظر إلى تلك الأحوال أنها تقسيمات وأحكام تتعلق بشخص الإنسان حتى يجمع بينها بهذه الرابطة، وإنما كان منظوراً إليها أنها أبواب من الفقه رتبت مع سواها بشتى المناسبات، ما خلا **النكاح والطلاق وتفاريعهما**، فإن معظم المتأخرين من الفقهاء يذكرون أبوابهما متتابعة بعد قسم العبادات

وقبل المعاملات، لا باعتبار أنهما يتعلقان بالأحوال الطارئة على ذات الأشخاص، بل باعتبار أن فيهما نواحي حل وحرمة، ونواحي مالية. فهما لذلك حد وسط بين العبادات والمعاملات، أو هما معاملات غير مالية.

على أن العلامة قدري باشا المصري رحمه الله هو أول من جمع أبواب الأحوال الشخصية من الفقه الحنفي في مؤلف خاص، وفصل أحكامها في مواد متسلسلة على الطريقة القانونية، فكون منها مجموعة مستقلة في كتابه «**الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية**».

٢٥/ ٤ ـ تطور النظر إلى الشخصية:

الشخصية، في الأصل، إنما هي الشخصية الطبيعية التي تتجلى بكل فرد من أفراد الإنسان. فكل واحد منهم شخص مستقل بشخصيته التي تثبت بها حقوق، وعليه واجبات.

غير أن النظر الحقوقي قد تطور في تصور الشخصية منذ القديم إلى أبعد من هذا الحد الطبيعي المادي، إذ لحظ أن هناك جهات من المصالح العامة الدينية، من أماكن العبادة ونحوها، هي ثابتة دائمة وغير مختصة بشخص معين، وتتوقف حياتها على نفقات دائمة. فكانت ترصد لها أموال ومستغلات، كالوقف، تعتبر ملكاً لها لسد حاجتها، وتعقد من أجلها وباسمها عقود، ويقوم على ذلك سدنتها وكهنتها باسمها.

فمن هنا اعتبرت لتلك المؤسسات العامة شبه شخصية الأفراد الطبيعيين في قابلية التملك وثبوت الحقوق، لأنها ما دامت لمصلحة الجماعة فهي في حكم مجموع شخصياتهم.

٢٥/ ٥ ـ ثم تطور النظر الحقوقي في تجريد الشخصية إلى صورة أخرى، وذلك بعد أن عرف الناس أسلوب اجتماع الجماعات المنظمة التي تتوحد فيها الجهود والأموال من أناس عديدين في سبيل الاكتساب المشترك، أو النفع العام.

فقد لوحظ أن كلا من هذه المنظمات، يتألف من مجموع أفرادها **وحدة شخصية** ذات مصلحة وحقوق مستقلة عن شخصية ومصالح كل فرد من أفرادها. ولا سيما بعد أن عرف من الشركات أنواع تكون فيها مسؤولية الشركة في معاملاتها المالية **مقصورة على مال الشركة**، أي غير سارية على الذمم العامة للشركاء: فلو أفلست الشركة لا يكون الشركاء مسؤولين عن ديونها في أموالهم الأخرى التي لهم خارج الشركة.

فهذا يقتضي اعتبار ذمة خاصة للشركة منفصلة عن ذمم الشركاء المتكونة منهم.

فتولد من هذا الوضع وأمثاله تصور شخصية تنشأ من اجتماع عدة أشخاص على عمل ذي غاية مشروعة، وتنفصل في الاعتبار الحقوقي تلك الشخصية الحاصلة من اجتماعهم عن شخصياتهم الفردية:

أ ـ فإن كانت الغاية من اجتماع الشخصيات هي توحيد الجهود الفردية حتى يتكون منها قوة أكبر على عمل يبتغي به الربح والاكتساب المالي فهي **الشركات** من تجارية أو صناعية.

ب ـ وإن كانت الغاية ليست ابتغاء الكسب والأرباح وإنما هي خدمة مصالح عامة دينية أو علمية أو أدبية أو اجتماعية أو إنسانية إلخ.. فتلك في لغة العرف الزمني والقانون هي **الجمعيات**.

٢٥/ ٦ ـ فهذه الشركات أو الجمعيات بشخصيتها المجردة عن شخصيات أعضائها تعقد العقود باسمها، وتملك، ويستحق عليها إلخ.. وتكون ذات ذمة مالية كأفراد الناس.

وهذه الشخصية المجردة التي تعتبر لها من الوجهة الحقوقية قد سميت في الاصطلاح القانوني الحديث: **الشخصية الاعتبارية**، ويقال لها أيضاً، الشخصية الحكمية، والشخصية المعنوية. وتسمى في الفقه الأجنبي: Personnalité morale.

وهكذا تطور النظر الحقوقي وتجرد عن التقيد بالناحية المادية المحضة،

فألقى ثوب الشخصية على غير الأشخاص الطبيعيين، من أوضاع ومؤسسات وجماعات نشأت في المجتمع الحقوقي، ودخلت في المضمار المالي وميدان المعاملات، وأصبح لها في نظر القوانين موقع شخصي ذو شأن كبير يزداد مكانة واتساعاً على الزمن كما أصبح لها في النظر السياسي أهمية عظيمة لما تملكه من قدرة مالية وعملية لا يملك مثلها الفرد عادة.

٢٥/٧ ـ وقد اختلفت الآراء الحقوقية الحديثة اختلافاً كثيراً في تحليل ماهية الشخصية الاعتبارية، وهل هي شخصية حقيقية أو افتراضية، وفي شروط وجودها واعتبارها، مما يدخل كثير منه في حدود المناقشات النظرية، ولا يؤثر في اعتبارها بخصائصها وأهليتها كالأشخاص الطبيعيين من أفراد الناس.

والفقه الإسلامي قد أقر فكرة الشخصية المعنوية، ورتب على اعتبارها أحكاماً، كما سنرى، وإن لم يسمها بهذا الاسم.

٢٥/٨ ـ مما تقدم يتضح أن الأشخاص في النظر التشريعي قد أصبحت تنقسم إلى قسمين:

ـ الأشخاص الطبيعية، ونتناولها في الفصل /٢٦ التالي.

ـ والأشخاص الاعتبارية، أو الحكمية، ونتناولها في الفصول/ ٢٧ ـ ٢٩ الآتية.



الفصل السادس والعشرون

الأشخاص الطبيعيون ومحل أحكامهم

تعريف الشخص الطبيعي ـ بدء الشخصية وانتهاؤها ـ النظم الإدارية المتعلقة بالولادة والوفاة ـ أهلية الأشخاص ـ النيابة الشرعية، أو الولاية والوصاية ـ النسب والقرابة ـ الفقدان ـ الزواج وما يتفرع عنه ـ الموطن، أو (المقام).

١/٢٦ ـ فالأشخاص الطبيعيون هم **أفراد الناس** فكل منهم ذو أهلية وذمة، له حقوق وعليه واجبات.

والأحوال الشخصية للأشخاص الطبيعيين وأحكامها، مما يتعلق بذواتهم مباشرة أو يتفرع عن شخصيتهم، كثيرة متشعبة، نشير إليها بالترتيب التالي:

٢/٢٦ ـ أولاً: بدء الشخصية وانتهاؤها:

أ ـ ابتداء الشخصية:

إن الأحكام التي قررها الفقهاء تدل على أن شخصية الفرد يبدأ اعتبارها الشرعي منذ علوقه في رحم أمه بشرط أن يولد حياً ولو تقديراً[١].

ويعتبر قد ولد حياً إذا خرج أكثره وهو حي.

---

(١) تكون حياة الحمل عند الولادة تقديرية في حالة إسقاطه بجناية، كما لو ضرب شخص بطن امرأة حبلى فأسقطت جنيناً ميتاً، فإنه يرث ويورث، كما في رد المحتار وغيره أواخر الفرائض.

وإنما اعتبر الفقهاء ابتداء شخصية الإنسان منذ العلوق، أي التصور في الرحم، لأن الشرع أثبت للحمل حقاً في الإرث، وأوجب، إن مات مورثه، أن يوقف له أكبر النصيبين على تقدير كونه ذكراً أو أنثى. وكذلك تصح الوصية له والوقف عليه؛ بشرط أن يتحقق **وجوده في الرحم عند هذه التصرفات**، بأن يولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ الوقف أو الوصية ـ وهذه المدة هي أقل مدة الحمل ـ، كي ينتفي إمكان حصول الحمل بعدها[١].

وصححوا الإقرار للحمل أيضاً إذا بين المقر سبباً صالحاً لاستحقاق الحمل من وصية أو إرث (ر: السراجية فصل الحمل، والدر المختار ورد المحتار كتاب الإقرار ٤/٤٥٥، والمواد/ ٥٤٠ و٦٣١/ من الأحوال الشخصية لقدري باشا).

فهذه الأحكام تستلزم اعتبار الشخصية للحمل ولا يمكن أن تثبت مع عدم اعتبارها. وحقوق الحمل إجمالاً متفق على تقريرها وإثباتها في الشرائع الوضعية فجميع القوانين المدنية الحاضرة تثبتها[٢].

---

(١) إذا كان والد الحمل متوفى، تصح هذه الالتزامات له من وصية وغيرها إذا ولد لأقل من سنتين من تاريخ الوفاة، وهي أكثر مدة الحمل عند الحنفية، لأن نسبه عندئذ يثبت ولو ولد لهذه المدة، فيستلزم ذلك اعتبار وجوده قبل الوفاة. لكن المادة/ ١٣٠/ من قانون الأحوال الشخصية لدينا قد نزلت بأكثر مدة الحمل إلى سنة شمسية. فلا يثبت نسب للمولود بعد انقضاء سنة من تاريخ انحلال الزوجية إلا إذا ادعى الزوج نسبه.

(٢) جاء في القانون المدني العراقي: «**إن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حياً. وأما حقوق الحمل فيحددها قانون الأحوال الشخصية**» اهـ.

ثم جاء أخيراً القانون المدني في سورية وأصله المصري الجديد بنص مماثل لهذا في المادة/ ٣١/ منه.

ولا يخفى أن هذا النص يتنافى فيه اعتبار الولادة مبدأ للشخصية مع إثبات الحقوق للحمل. فبين الاعتبارين ظاهرة تناقض، إذ كيف يمكن أن تكون للحمل حقوق مسلمة في قانون الأحوال الشخصية، ولا تكون له شخصية؟

ولعل وجهة النظر القانونية هذه هي أن الشخصية لا يستقر اعتبارها والحقوق الناشئة لها إلا ببروز الجنين حياً إلى الحياة الخارجية.

لكن هذا البروز إنما هو في الحقيقة شرط لاستناد اعتبار الشخصية. فإذا تحقق تحققت الشخصية مستندة إلى أول الحمل **لا مقتصرة** على تاريخ الولادة. =

٣/٢٦ ـ (ب) انتهاء الشخصية:

وأما انتهاء الشخصية في النظر الفقهي فبالموت، وإن كان الموت فور الولادة.

غير أن زوال الشخصية بالموت لا يستلزم زوال آثارها من ذمة وأهلية، بل يعتبر للذمة وأهلية الوجوب استمرار موقت بعد الموت بقدر ما تقتضيه تصفية الحقوق التي لها ارتباط بأعمال الحياة السابقة.

فبعد الموت يملك الميت ما كان باشر سبب ملكه في حياته. وذلك كمن نصب شبكة للصيد ومات، فوقع فيها الصيد، فإنه يملكه ويدخل في تركته، كما تقدم.

وكذا يضمن ما كان باشر سبب ضمانه، كمن حفر حفرة في الطريق العام ومات، فوقع فيها حيوان، فإن ذمة الميت تشغل بقيمته فتؤخذ من تركته.

وتقدير هذا الاستمرار للأهلية والذمة هو حالة استثنائية قضت الضرورة باعتبارها لتوجيه الأحكام، فلا يعتبر للأهلية والذمة استمرار وصلوح لإنشاء **أحكام جديدة** بعد الموت. ولذا لا تصح الوصية لميت ولا الهبة له.

وقد اختلف الفقهاء في اعتبار مصير دين الميت **إذا لم يترك مالاً ولا كفيلاً** قبل مماته.

= وإن القانون الفرنسي، بعد أن كان يعتبر ابتداء الشخصية بالولادة، رجع إلى النظرية الرومانية في اعتبار بدء الشخصية منذ تصور الجنين في الرحم تحقيقاً لمصالح وحقوق قد يستفيد منها الحمل، ولكن بشرط أن يولد حياً ولو لحظات وغير ناقص الخلقة نقصاً لا يمكن معه استمرار الحياة (ر: كتاب الحقوق المدنية الفرنسية للأستاذ محسن البرازي ٥٦/١ و ٥٧).

وإن محل النظر في القانون العراقي والسوري إنما هو في تحديد الحد الاعتباري لمبدأ الشخصية. أما حقوق الحمل فقد أقرها كما رأيت.

فكان المناسب أن يقال فيه: «**إن مبدأ الشخصية أو الحمل**». وبذلك يتلاءم مع ما يقتضيه الفقه الإسلامي، ومع الفقه الأجنبي الحديث أيضاً، كما يتلاءم عندئذ مع ما أقرته القوانين نفسها من حقوق الحمل.

ـ فقال أبو حنيفة: إن ديونه عندئذ تعتبر كالساقطة بالنسبة إلى هذه الحياة الدنيا لعدم إمكان المطالبة بها، وإن كان بالنسبة إلى الآخرة مسؤولاً عنها.

ـ وقال الصاحبان والأئمة الثلاثة لا تسقط تلك الديون بالموت.

وثمرة الاختلاف تظهر في الكفالة بعد الموت.

أ ـ فعلى الرأي الأول لا تصح الكفالة بما على الميت بعد الموت لأن الكفالة التزام المطالبة من الكفيل بما يطالب به الأصيل، وقد امتنعت المطالبة في هذه الحال عن المدين الأصيل بالموت، فلم يبق محل يصح به الالتزام بالكفالة.

ب ـ وعلى الرأي الثاني تصح هذه الكفالة، لأن الذمة مشغولة في الواقع[1]. وقد تقدم ذلك في بحث الذمة (ر: ف١٨/ ٩ ـ ١٠).

٢٦/ ٤ ـ النظم الإدارية المتعلقة بالولادة والوفاة:

إن ولادة الأشخاص ووفاتهم حادثان هامان ينشأ عنهما ثبوت وزوال وانتقال في الحقوق والالتزامات تبعاً للأشخاص، وانحلال في الروابط الزوجية،

---

(١) استدل القائلون بهذا بحديث جابر بن عبد الله:
«إن رسول الله ﷺ كان لا يصلي على رجل مات وعليه دين، فأتي مرة بميت، فقال: أعليه دين؟ قالوا: نعم، ديناران؛ قال: صلوا على صاحبكم. فقال أبو قتادة الأنصاري: هما علي يا رسول الله، فصلى عليه عندئذ».
وانظر في المعنى نفسه ما رواه البخاري في صحيحه في كتاب الكفالة (باب الدين)، وابن حجر في فتح الباري ٤/ ٤٧٧ و ٥/ ٦١، طبعة دار الإفتاء ـ الرياض.
وقد قال الشيخ عبد العزيز البخاري في شرحه **«الكشف»** على أصول فخر الإسلام البزدوي في بيان الدليل النظري لرأي أبي حنيفة بالسقوط:
«إن ذمة الميت لم تبق محلاً لوجوب الحقوق فيها ابتداء بعد الموت، وكما يشترط المحل لابتداء الالتزام يشترط لبقاء الحق، لأن ما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء» (كشف الأسرار ٤/ ٣١٤).
أقول: ويلحظ هنا أن لفظ: **«الالتزام»** في كلامه هنا قد استعمل فقهاً بمعناه الحقوقي الحديث المتقدم بيانه في الفصل الأول، وهو أيضاً اصطلاح شائع في الفقه المالكي، كما تقدمت الإشارة إليه (ر: ف ٨/ ٥ الحاشية).

وتبدل حدود وشروط في ثبوت الأنساب، إلى غير ذلك من الأمور الهامة.

وقد جعلت النظم الزمنية حوادث الولادة والوفاة تابعة لمبدأ **العلنية والرقابة** الحكومية. فانشئ سجل الأحوال المدنية (النفوس) في العهد العثماني، وفقاً لمقتضى التنظيم المدني والمصلحة العامة. ولم تقتصر فائدة هذا السجل على خدمة الحقوق المدنية فحسب، بل أصبح خادماً للناحية السياسية في حقوق الجنسية وتابعية الأشخاص، والانتخابات النيابية، وللإحصاء وغير ذلك من الاعتبارات.

وقد أصبحت حوادث الولادة والوفاة واجبة التسجيل في سجل النفوس، كما أصبح دفن الموتى بمقتضى هذه النظم تابعاً للترخيص من دوائر النفوس وطبابة البلدية، وفقاً لمراسم معروفة في أنظمتها الخاصة، حذراً من وجود جرائم سرية في حوادث الوفاة، أو أوبئة مرضية سارية تحتاج إلى تدابير صحية واقية في بيت الوفاة.

وهذه القضايا مرجعها قوانينها الخاصة لأنها من التدابير الإدارية الزمنية الموكول تنظيمها إلى ولاة الأمور بقاعدة المصالح المرسلة ولا أثر لمباحثها في الفقه وكتبه.

٢٦/ ٥ ـ القوة الإثباتية لسجلات الأحوال المدنية:

أما القوة الإثباتية لقيود سجلات النفوس فإن الاجتهاد القضائي لدينا قد كان لا يعتبر تلك القيود كافية للإثبات أمام القضاء في الحقوق المالية، وإنما يستأنس القضاء بها استئناساً، لأنها غير معدودة من جملة الحجج الخطية في المجلة ولا في قانون أصول المحاكمات العثماني، ولأنها لا تخلو عن شبهة الكذب في الإخبار الذي يبنى عليه التسجيل ليتخلص ذوو العلاقة من العقوبة القانونية عن تأخير التسجيل أو إهماله، أو لدواع أخرى.

أما في صلاحيات القضاء الإدارية، كالترخيص بالزواج ونصب الأوصياء، فإن تلك القيود كافية لاعتماد القضاء عليها.

لكن قانون الأحوال المدنية الجديد الصادر في سورية سنة ١٩٥٧ قد أعطى لقيود السجلات المدنية قوة إثباتية صالحة للاحتجاج بها قضاء إلى أن يثبت تزويرها إذا سجلت وقائعها في مددها الأصلية وفقاً للمادة/ ٢٢/ منه.

وأما في الأحكام الفقهية فتثبت الولادة بشهادة القابلة وحدها على رأي الصاحبين، لأنها من الحوادث التي لا يطلع عليها الرجال عادة، كما تكفي شهادة القابلة أيضاً لتعيين الولد.

وتثبت الوفاة بشهادة **التسامع**، فلا يشترط أن يكون الشاهد فيها قد حضر الوفاة، بل يكفي أن يكون سمع بها من الناس الذين شاع خبرها فيهم.

٢٦/ ٦ ـ (ثانياً) أهلية الأشخاص:

إن مما يرافق وجود الشخصية من الوجهة الحقوقية أهلية الأشخاص. وقد بينا في نظرية الأهلية والولاية من الجزء الأول (المدخل الفقهي العام) أن الأهلية نوعان:

- صلوح الأشخاص لأن تثبت الحقوق لهم أو عليهم.
- وقابليتهم لأن يمارسوا حقوقهم وتصح فيها تصرفاتهم وأعمالهم.

فالنوع الأول المؤهل لثبوت الحقوق للشخص أو عليه هو: **أهلية الوجوب**.

والثاني المؤهل للممارسة وصحة الأفعال هو: **أهلية الأداء**.

والأهلية بنوعيها تمر على مراحل في طريق تكاملها: فتبدأ أهلية وجوب ناقصة، وتنتهي إلى أهلية أداء كاملة، بحسب الأطوار التي يمر بها الإنسان منذ تكونه في الرحم إلى بلوغ عقله وتكامل رشده.

وقد فصلنا ذلك في موضعه من نظرية الأهلية هناك. وبينا أن الجنين يتمتع شرعاً بأهلية وجوب ناقصة. ولذا ثبتت له من الحقوق أربعة أشياء: **النسب، والإرث، والوصية له، والوقف عليه**، بشرط أن يتحقق وجوده شرعاً عند الوقف أو الإيصاء أو موت المورث، وذلك بأن يولد حياً لأقل من ستة

أشهر ـ وهي أقل مدة الحمل ـ من تاريخ أسباب الاستحقاق هذه، أو بأن يولد قبل انقضاء أكثر مدة الحمل من تاريخ انحلال الزوجية بين أمه وأبيه إذا كانت الزوجية منحلة عند الإيصاء للحمل أو الوقف عليه، لأن نسبه عندئذ يثبت من أبيه بولادته خلال أكثر مدة الحمل. وهذا يستلزم اعتبار علوقه ووجوده قبل انحلال الزوجية[١].

أما الإقرار للحمل بحق فيصح إذا بين المقر سبباً صالحاً لملك الجنين من الأسباب المتقدمة: أي من إرث، أو وصية، أو وقف، بخلاف الهبة فإنها لا تصح للحمل (ر: الدر المختار، كتاب الإقرار ٤/ ٤٥٥).

وهذا أيضاً يؤيد ما بيناه سابقاً أن بدء الشخصية منذ أول الحمل، لا منذ الولادة، إذ لا يعقل أن تبتدئ الأهلية قبل أن تتكون الشخصية.

تنبيه:

قد يذكر بعض الفقهاء «**أن الجنين لا أهلية له**»، كما ورد ذلك في كتاب الإقرار من الدر المختار في بحث الإقرار للحمل (٤/ ٤٥٥).

وقد ذكر ذلك تعليلاً لبطلان الإقرار للحمل إذا ولد ميتاً، بعد أن ذكر قبله صحة الإقرار له إذا ولد حياً وكان المقر قد بين لإقراره سبباً صالحاً لملك الحمل.

ومن الواضح أن قصدهم إنما هو تارة نفي الأهلية مطلقاً عنه إذا لم يتحقق شرطها وهو ولادته حياً، وتارة نفي أهلية الوجوب الكاملة لا مطلق الأهلية، فقد صرح الأصوليون بثبوت أهلية وجوب ناقصة للحمل، ورتب الفقهاء عليها الأحكام السالفة البيان.

٢٦/ ٧ ـ (ثالثاً) النيابة الشرعية، أو الولاية والوصاية:

إن نقص أهلية الأشخاص من الوجهة الحقوقية يجعلهم في حالة قصور.

---

(١) انظر ما تقدم آنفاً حول أكثر مدة الحمل (ف ٢٦/ ٢ح).

وهذا النقص: إما طبيعي أصلي، كحال الصغار؛ وإما طارئ، كالجنون والعته والسفه.

ومن هنا نشأت نظرية عدم الأهلية التي تقضي بإنشاء **نيابة شرعية** عن القاصرين لصيانة حقوقهم ولممارسة التصرفات التي يحتاجون إليها.

وهذه النيابة لها صورتان: **الولاية والوصاية**. وقد تقدم إيضاحهما في بحث النيابة من نظرية الأهلية والولاية من الجزء الثاني للمدخل الفقهي فلتنظر هناك، وفي المواد/ ٤٢٠ ـ ٤٩٩/ من كتاب الأحوال الشخصية لقدري باشا، وفي المواد/ ١٦٢ ـ ٢٠٦/ من قانون الأحوال الشخصية في سورية.

٨/٢٦ ـ (رابعاً) النسب، والقرابة:

من أهم الأحوال الشخصية شأناً **النسب**، لأنه ينشأ عنه ثلاثة أمور ذات بال: حقوق الإرث، وحقوق النفقة، والسلطة الأسرية التي من فروعها الولاية على النفس.

ولكل إنسان، في الواقع، نسب ينتمي به إلى أب وأم، وينتمي بواسطتهما إلى القرابات من سواهما.

ومتى ثبت النسب لا يقبل التحول، ويسري ثبوته على الكافة؛ بخلاف الحقوق الأخرى المالية، فإن ثبوتها يقتصر على من أثبتت عليه، فلغيره أن يعترض عليها بدعوى الاستحقاق، فينقض ثبوتها الأول، كما يعرف في محله من بحث الدعوى والبينات.

والقاعدة العامة في ثبوت النسب أن «**الولد للفراش**»، وهي نص حديث نبوي ثابت[١].

ومعناه أنه متى كان بين رجل وامرأة فراش مشروع ـ أي حل استمتاع ـ فالأصل فيه أن الولد الذي تأتي به تلك المرأة يضاف نسبه إلى ذلك الرجل.

(١) الحديث متفق عليه. وانظر تخريجه في المدخل الفقهي ف ٢/١٠ح.

على أنه إذا كان الزوج يتيقن أن الولد ليس منه فقد شرع له **طريق اللعان**: وهو أربع أيمان أمام الحاكم، موثقة بدعاء، يحلفها الزوج على صدق تهمته لزوجته، وتحلفها هي على كذبه، وذلك بناء على طلب المرأة المتهمة، تبرئة لنفسها.

ونتيجة اللعان تفريق الحاكم بين الزوجين وعدم جواز زواجهما بعد ذلك، وقطع نسب الولد عن الزوج، وإلحاقه بأمه.

٢٦/ ٩ ـ هذا، وإن النسب تعتريه حالتان: ١ ـ عدم الاعتبار، ٢ ـ والجهالة.

أ ـ فأما عدم اعتبار النسب فذلك عندما يكون النسب غير مستند إلى **طريق حل مشروع** بين الرجل والمرأة، ولا إلى **شبهة حل**، فيكون الاتصال من قبيل الزنى المحض، فلا يعتبر به الشرع نسباً.

ولم يقر الشرع الإسلامي هنا ما تقره بعض القوانين الأجنبية اليوم من **البنوة الطبيعية** وحقوقها.

غير أن الاجتهاد الحنفي يثبت حرمة التناكح في القرابات من الزنى كما في قرابات النسب الصحيح دون ما غير ذلك من نتائج النسب. فلا يجوز للرجل مثلاً أن يتزوج ابنته أو أخته من الزنى. وهذا مبني على قاعدة **حرمة المصاهرة** المعروفة في أماكنها من أحكام الأحوال الشخصية.

ب ـ وأما جهالة النسب فمعناها أن لا يكون للشخص نسب شرعي معروف، لا في محل وجوده ولا في مكان آخر. وعندئذ يجوز لكل واحد أن يدعي نسبه، فيثبت نسبه منه إذا صدقه، إلا أن يكون ظاهر الحال لا يحتمله كمن اعترف لمن يساويه في السن أو يكبره أنه ابنه؛ أو أن يكون في دعواه واعترافه **تحميل للنسب على الغير**، كمن اعترف لمجهول النسب أنه أخوه، فإن فيه إلزاماً لأبيه ببنوة هذا المجهول، فلا يسري على الأب إلا بتصديق منه.

والحالة البارزة في جهالة النسب تتجلى في **اللقيط**، وهو الطفل المنبوذ الذي لا يعرف لمن هو؟ وله أحكام خاصة فيما يتعلق باعتبار ديانته؛ وحق

حفظه وحضانته، والولاية على نفسه وماله، ووجوب نفقته.. إلخ معروفة في كتاب اللقيط من الفقه الإسلامي، وفي المواد/ ٣٥٦ ـ ٢٦٤/ من كتاب الأحوال الشخصية لقدري باشا، فلتنظر فيها.

وقد صدر في سورية في عهد الانتداب الفرنسي قانون خاص بشأن اللقطاء.

هذا، وأن قضية النسب تعد من تفاريع المناكحات. غير أننا أفردناها هنا بالإشارة إليها، لأنها وضع مستقل لشخص ثالث غير الزوجين يرافق وجوده وينفصل عن الحقوق الزوجية وتوابعها بين أبويه.

وإن تفاصيل أحكام النسب ترى في باب «ثبوت النسب» من كتاب النكاح في الفقه، وفي المواد/ ٣٣٢ ـ ٣٥٥/ من الأحوال الشخصية لقدري باشا.

٢٦/ ١٠ ـ (خامساً) ـ المُقام (الموطن)[1].

إن مُقام الشخص هو مركزه الشرعي الذي ينسب إليه ويقوم فيه باستيفاء ماله وإيفاء ما عليه، ويعتبر مقراً له ولو لم يكن حاضراً فيه بعض الأحيان أو أغلبها، ويفرض أنه لا يجهل ما يحصل فيه مما يتعلق بنفسه. (ر: شرح القانون المدني المصري لأحمد فتحي زغلول باشا ص/ ٢٤).

ومعرفة هذا المقام من أهم الشؤون القانونية والقضائية اليوم.

والفقه الإسلامي لم يعن كثيراً ببحث مقام الأشخاص لأنه لم يكن تتعلق به نتائج فقهية مهمة قبل تأسيس الأوضاع القانونية الأصولية في القضاء والإدارة، وإنما كانت ثمرة بحثه ومعرفته شرعاً تنحصر في نواح معدودة من أمور العبادة والمعاملات.

٢٦/ ١١ ـ شأن المقام (الموطن) في ظل الأحكام الشرعية:

وللمقام معنيان يتعلق بكل منهما أحكام شرعية في الفقه الإسلامي:

---

(١) المُقام (بضم الميم) اسم مكان من **الإقامة**. ولا يسوغ فيه الفتح، لأنه بفتح الميم معناه مكان القيام لا الإقامة.

١ ـ **المعنى الأول**: مقر الإقامة، أي المسكن أو المأوى.

٢ ـ **والمعنى الثاني**: موطن الإقامة أي البلد.

أ ـ الأحكام الشرعية المتعلقة بمقر الإقامة:

فمما يتعلق بالمسكن أو مقر الإقامة، ما أوجبته الشريعة على المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها أن تقضي عدتها في **بيت الزوجية** الذي كان مقراً لسكناها وهي في عصمة زوجها. فلا يجوز لها شرعاً أن تخرج من هذا البيت خلال العدة إلا إذا كانت هناك ضرورات ملجئة.

والحكمة التشريعية في ذلك هي صيانة سمعة المرأة ونسب الحمل المحتمل وجوده حين انحلال الزوجية بالطلاق أو موت الزوج. فإن المرأة إذا خرجت من بيت الزوجية على أثر الطلاق أو موت الزوج، ثم ادعت حملاً، فربما يزعم الزوج المطلق أو ورثة الزوج المتوفى أن الحمل حادث بعد انحلال الزوجية. فلذا وجب أن تقضي الزوجة عدتها الشرعية في بيت الزوجية دون أن تخرج، قطعاً للشبهات والافتراءات، وصوناً للنسب.

وكذلك أوجبت الشريعة على الزوجة متابعة الزوج بعد أدائه مهرها غير المؤجل إلى المسكن الشرعي، وهو دار الزوجية التي يهيئها لها. فإن لم تتابعه إليها، أو تركتها بعد المتابعة بلا حق، تعتبر ناشزة، ويسقط حقها عليه في النفقة الزوجية مدة نشوزها.

ب ـ الأحكام الشرعية المتعلقة ببلد الإقامة:

ومما يتعلق بالموطن، أو بلد الإقامة، ما نص عليه متأخرو الفقهاء من أنه لا يحق للزوج أن يجبر الزوجة على متابعته في سفره إلا إلى مكان هو موطنها وقد تزوجها فيه[1].

---

(١) هذا أصبح معدلاً بالمادة/ ٧٠/ من قانون الأحوال الشخصية في سورية وقبله بالمادة/ ٧١/ من قانون حقوق العائلة العثماني. فقد رجع القانون بهذا الموضوع إلى حكم أصل المذهب الحنفي، فأوجب متابعة الزوجة لزوجها والسفر معه إلى بلد آخر إذا قبضت =

وذلك لتغير الزمان وسوء أخلاق الناس، وقد كان الحكم في أصل المذهب أنها تجبر على متابعته ولو إلى غير موطنها الذي تزوجها فيه.

وكذا لا يحق للمطلقة أن تسافر بولدها الذي في حضانتها دون رضى أبيه الذي طلقها إلا إلى موطنها الذي كان تزوجها فيه.

١٢/٢٦ ـ شأن المُقام (الموطن) في ظل الأوضاع القانونية:

وبعد أن تأسست الأوضاع القانونية في هذه البلاد، ونظمت التشكيلات العدلية، ووضع قانون أصول المحاكمات، وقانون التنفيذ، وأصبح القضاء وتنفيذه تابعين للتبليغات إلى الشخص أو إلى مقامه، وأصبح للمحاكم اختصاص مكاني أساسه اعتبار أن المحكمة المختصة هي محكمة مقام المدعى عليه إلا في حالات استثنائية، إلى غير ذلك من الأمور الكثيرة التي تتعلق باختصاص المحاكم وبالتبليغ وغيرهما ـ بعد كل ذلك أصبح لمعرفة المقام بمعنييه (المسكن والبلد) شأن كبير في سير المعاملات القضائية ومقدماتها وتوابعها.

والمقام بالنظر القانوني ثلاثة أنواع:

١ ـ المقام الأصلي أو العام، وهو الذي سلف بيانه أول البحث.

٢ ـ والمقام المختار، وهو الذي يختاره الشخص بإرادته لاعتبار صحة التبليغات الواجبة إليه وإن لم يكن مقيماً فيه.

٣ ـ والمقام القانوني، وهو الذي يعتبره القانون مقاماً لبعض الأشخاص: كمقام الزوجة عند زوجها، ومقام الولد الصغير عند وليه.

وقد يكون المقام واحداً للشخص وقد يتعدد.

وتفصيل مباحث المقام قد تكفلت بها كتب أصول المرافعات فلتنظر

= معجل مهرها ولم يكن مشروطاً في عقد الزواج عدم السفر ولم يكن في نظر القاضي مانع لها من السفر.

فيها. (انظر أيضاً مدخل علم الحقوق للأستاذ الدكتور محمد علي عرفة، ص/٣٢٢ ـ ٣٢٤/ ؛ وموجز المدخل للعلوم القانونية للدكتور مرقس ص٣٢٥ ـ ٣٣٦).

هذا، وفي الحقوق الإدارية والدستورية اعتبارات وأحكام هامة للمقام قانوناً، تارة بمعنى الموطن، وأخرى بمعنى المقر، كما في الانتخابات النيابية: فالإنسان إنما يكون مرشحاً للنيابة عن منطقة إقامته أو المنطقة التي يختارها، وذلك بحسب الطريقة التي يبنى عليها قانون الانتخابات من بين عدة طرائق معروفة في الحقوق الدستورية في أصول الترشيح والانتخاب. والناخب دائماً إنما ينتخب في بلده وفي منطقة مقر إقامته أي مسكنه خاصة، إلا في الحالات التي يستثنيها القانون.

وكل ذلك إنما العبرة فيه للمقام بحسب قيود سجلات الأحوال المدنية (النفوس) لا للإقامة الحقيقة. فما لم ينقل الإنسان قيد مقامه في سجل النفوس من دائرة بلد إلى آخر يعتبر مقامه حيث هو مقيد في السجل، وإن كان مقيماً فعلاً في بلد آخر.

٢٦/ ١٣ ـ (سادساً) ـ الفقدان:

المفقود: هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه، ولا يُدرى أنه حي أو ميت.

فإذا كانت حياته معلومة ومكانه مجهولاً فهو غائب لا مفقود.

والنظرية الفقهية في المفقود تقوم على اعتباره حياً من وجه، ميتاً من وجه:

أ ـ فتعتبر حياة المفقود مستمرة بالنسبة إلى حقوقه التي كانت ثابتة له قبل فقده، فلا توزع أمواله بين ورثته، ولا تتزوج زوجته غيره.

وإذا كان له وكيل قبل فقده لحفظ أمواله وإدارتها تبقى وكالته ولا ينعزل بفقده. وإذا لم يكن له وكيل ينصب القاضي وكيلاً عنه.

ب ـ ويعتبر المفقود كالميت بالنسبة إلى استحقاقه من غيره مما يشترط فيه تحقق حياته: فلا يرث ممن يتوفى من مورثيه، ولا يستحق ما يوصى له به. ولكن يوقف نصيبه من الإرث ومن الوصية إلى أن تظهر حياته فيستحق، أو يحكم بموته فترد الأموال المتوقف فيها إلى من كان يستحقها على تقدير وفاة المفقود.

ويحكم بوفاته بناء على غلبة الظن إذا انقرضت لِدَاته ـ أي أقرانه في العمر ـ في موطنه.

وإن لم يمكن تحري الأقران يُقضى بوفاته عند بلوغه **التسعين من العمر**.

٢٦/ ١٤ ـ وبما أن بقاء امرأة المفقود معلقة هذه المدة فيه حرج وإعنات أخذت المادة/ ١٢٧/ من قانون حقوق العائلة السابق لدينا بالاجتهاد المالكي في شأن زوجة المفقود، فسوغت تطليقها منه بعد مضي أربع سنوات منذ اليأس من معرفة خبره، إلا إذا فقد في حرب فعندئذ يمكن أن يحكم القاضي بالتفريق بعد مضي سنة من رجوع الفريقين المتحاربين إلى بلادهم.

وتعتد الزوجة من تاريخ الحكم بالتفريق، فيباح لها بعد انقضاء العدة أن تتزوج. وإذا عاد زوجها المفقود لا ينقض نكاحها الجديد.

وفي هذا مصلحة ظاهرة. حتى إن المتأخرين من فقهائنا الحنفية أنفسهم استحسنوا الافتاء بمذهب مالك في ذلك.

وأخيراً جاء قانون الأحوال الشخصية في سورية سنة ١٩٥٣، فجوزت المادة/ ١٠٩/ منه للزوجة التي يغيب زوجها دون عذر مقبول أن تطلب إلى القاضي التفريق بعد سنة من غياب الزوج.

ويشمل حكم هذه المادة المفقود أيضاً وإن ورد التعبير فيها بالغياب.

وتفصيل أحكام المفقود من النواحي الأخرى الفرعية يُرى في كتاب المفقود من الفقه، وفي المواد/ ٥٧١ ـ ٥٨١/ من الأحوال الشخصية لقدري باشا.

٢٦/ ١٥ ـ (الزواج) ـ وما يتفرع عنه:

إن الزواج وما ينشأ عنه هو من أعظم الأحوال الشخصية شأناً وأكثرها شعباً وفروعاً. وأحكامه يتألف منها كتاب واسع في أقسام الفقه وقد أفرد أيضاً بالتآليف الخاصة.

ويشتمل على مباحث هامة في عقد النكاح وشرائطه، وحقوق الزوجين، والمحللات والمحرمات من النساء، وثبوت النسب، والنفقات والطلاق بأقسامه ومختلف أحكامه، وأنواع الفرقات، والعدة والرجعة، والحضانة، إلى غير ذلك من المباحث.

وهذه المباحث وتفاصيل أحكامها ترى في كتاب النكاح من المؤلفات الفقهية وما فيه من أبواب وفصول؛ وفي المواد/ ١ ـ ٣٣٤/ من الأحوال الشخصية لقدري باشا، وفي قانون حقوق العائلة العثماني ـ السابق لدينا ـ وفي المواد /١ ـ ١٦١/ من قانون الأحوال الشخصية في سورية.

الفصل السابع والعشرون

الشخصية الحكمية في الفقه الإسلامي

٢٧/ ١ ـ سنتكلم في هذا الفصل عن الشخصية الحكمية في الفقه الإسلامي، ثم في الفصل (٢٨) التالي نتكلم عنها في النظر القانوني، ثم نبين عناصرها وشريطتها ومميزاتها في الفصل الأخير (٢٩).

٢٧/ ٢ ـ قدمنا في نهاية الفصل (٢٥) (ف٢٥/٧) أن الفقه الإسلامي قد أقر الشخصية الحكمية ـ أي الاعتبارية ـ ورتب عليها أحكاماً.

وإذا رجعنا إلى النصوص والمصادر الأصلية في الشريعة وجدنا فيها أحكاماً تشعر بأنها إنما بنيت شرعاً على فكرة الشخصية الاعتبارية بنظر إجمالي يستلزمه إيجاب الحكم، ووجدنا أيضاً أحكاماً أخرى تتمثل فيها صورة الشخص الاعتباري سويا بكل مقوماته وخصائصه في نظر القانون الحديث.

أ ـ ففي الحديث النبوي:

«المسلمونَ تَتَكافَأُ دماؤُهُم، ويَسعىٰ بِذِمَّتِهِم أدناهم، وهُمْ يَدٌ على مَنْ سِواهم»[١].

فالفقرة الثانية منه قد اعتبر بها النبي ﷺ ما يعطيه أحد المسلمين للمحارب طالب الأمان من ذمة وتأمين، سارياً على جماعتهم وملزماً لهم كما لو صدر منهم جميعاً.

---

(١) رواه أبو داود وابن ماجه في سننهما، وحسّنه الشيخ محمد ناصر الدين الألباني في «صحيح الجامع» الطبعة الثالثة المجددة، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م.

فقال الفقهاء: لا يجوز بعد ذلك قتل من أومن ولا قتاله بحجة أن معطي الأمان ليس صاحب سلطان، وإن كان للإمام، إذا رأى أن إعطاء الأمان ليس في مصلحة المسلمين السياسية، أن ينقضه بعد إنذار، ويؤدب معطيه.

ففي هذا الحكم اعتبار مجموع الأمة كشخصية واحدة يمثلها في بعض النواحي كل فرد منها.

ب ـ ومثل ذلك ما أقره الإسلام في نصوص مصادره الأصلية من حق كل فرد من الناس أن يخاصم ويدعي في الحقوق العامة من عقوبات الحدود وسائر أمور الحسبة، كإزالة الأذى عن الطريق، وقمع الغش، والتفريق بين الزوجين المستمرين على الحياة الزوجية بعد البينونة بالطلاق، وغير ذلك، وإن لم يكن للمدعي في شيء من ذلك علاقة بالموضوع أو ضرر منه يدفعه عن نفسه مما يشترط في صحة الخصومات والدعاوى في الحقوق الفردية.

فهذا وكل ما تتجلى به فكرة الحق العام في الأحكام الإسلامية يدل على تصور شخصية حكمية يمارس حق الإدعاء باسمها.

وكل هذا إنما يدل على مبدأ التمييز في الإسلام بين الأفراد وحقوقهم الخاصة وبين جماعتهم وحقوق أخرى لها مستقلة عن حقوقهم، وإن لم يكن في ذلك صورة سوية للشخصية الحكمية بالاعتبار القانوني الحديث الذي يتصور فيها شخصية ذات ذمة وأهلية لثبوت الحقوق المالية لها وعليها مستقلة عن حقوق الأفراد.

على أن هذا المعنى القانوني الحديث للشخصية الحكمية إنما يتجلى على أتم صورة وأكملها بنظرية التشريع الإسلامي في **بيت المال**، **وفي نظام الوقف**، **وفي الدولة**، التي يمثل فيها رئيسها صاحب السلطان جماعة الأمة.

٣/٢٧ ـ (أ) ـ شخصية بيت المال:

ففي بيت المال الذي هو خزينة الدولة العامة جاء الشرع الإسلامي بنظرية **فصل بيت المال العام** عن **مال السلطان** وملكه الخاص. فاعتبر الشرع بيت

المال جهة ذات قوام حقوقي مستقل يمثل مصالح الأمة في الأموال العامة، فهو يملك، ويملك منه وعليه، ويستحق التركات الخالية عن إرث أو وصية، ويكون طرفاً في الخصومات والدعاوى.

ويمثله في كل ذلك أمين بيت المال بالنيابة عن السلطان من خليفة أو سواه.

وليس للسلطان حق شخصي فيه إلا كفايته لقاء عمله، وليس له أن يأمر لأحد منه بشيء إلا بحق ومسوغ شرعي.

وقد شبه وضع الخليفة منه، في كلام عمر رضي الله عنه، بوضع الوصي من مال اليتيم بقوله: «**أنزلت نفسي من بيت مال المسلمين بمنزلة وصي اليتيم**» إلخ...

وقبل الإسلام كان في معظم الأمم بيت المال وجيب الملك شيئاً واحداً!!.

شخصية فروع بيت المال:

حتى أن بيت المال في الإسلام قد قسم إلى أقسام وفروع، كل منها يعود إلى جهة من الحقوق والنفقات.

ويكاد يعتبر كل قسم من أقسامه ذا شخصية حكمية منفصلة عن شخصية القسم الآخر ضمن الشخصية الكبرى لبيت المال العام، لأن لكل قسم استحقاقات وأحكاماً تخصه. وقد صرح الفقهاء بأنه لا ينفق من قسم فيما يعود إلى آخر على **سبيل الخلط** بل على **سبيل القرض** بين تلك الفروع، كما عليه الفكرة المالية القانونية الحديثة في تنظيم خزينة الدولة العامة وفروعها (ر: مصارف بيت المال من كتاب الجهاد في الدر المختار ورد المحتار ٣/ ٢٨٠ ـ ٢٨٢ وفي غيرهما من الكتب الفقهية).

٢٧/ ٤ ـ (ب) ـ شخصية الوقف:

وكذلك نظام الوقف في الإسلام، فإن نظامه منذ أول نشأته في عهد الرسول ﷺ يقوم على أساس اعتبار شخصية حكمية للوقف بالمعنى القانوني الحديث.

ـ فالوقف ملك محجور عن التمليك والتملك، والإرث والهبة ونحوها، وهو مرصد لما وقف عليه.

ـ والوقف يستحق ويستحق عليه وتجري العقود الحقوقية بينه وبين أفراد الناس، من إيجار وبيع غلة واستبدال وغير ذلك.

ويمثله في كل هذا من يلي أموره، ويسمى: قيّماً أو ناظراً أو متولياً. ويكون مسؤولاً عن صيانة حقوق الوقف تجاه السلطة القضائية.

ـ ويشتري المتولي للوقف ما يحتاج إليه، فيملكه الوقف ويدفع ثمنه من غلته.

ـ وكذلك يستدين المتولي لجهة الوقف عند الحاجة بإذن القاضي.

فالوقف في كل ذلك يكون هو المالك والدائن والمدين، لا المتولي عليه ولا المستحقين فيه. وهذا مقرر معلوم في أحكام الوقف الفقهية.

حتى إن الفقهاء قد ذهبوا إلى مدى واسع في تجريد شخصية الوقف عن **شخصية الواقف نفسه**، ولو كان هو القيم على وقفه، فقرروا أنه: إذا خان الواقف ـ وهو متولٍ على وقفه ـ مصلحة الوقف أو أساء التصرف في أمواله، أو خالف شروط الوقفية التي اشترطها، ينزع الوقف من يده رغم أنه هو واقفه، ويضمن لجانب الوقف ما يوجب الشرع ضمانه على كل أمين من موجبات الخيانة أو التقصير أو التفريط[1] (ر: بحث عزل الناظر من كتاب الوقف في فتح القدير، وفي الدر المختار ورد المحتار ٣/ ٣٨٤ ـ ٣٨٦).

---

(١) من المسائل المهمة التي تدل على اعتبار الشخصية المعنوية في نظر الفقهاء وإن لم يسموها بهذا الاسم ما ذكر في آخر كتاب القاضي إلى القاضي من أنه:
«لو كانت تولية الوقف أو غلته مشروطة للقاضي أو للعلماء يجوز للقاضي أن يقضي بالوقف إن اختلف في صحته، ولا يعد هذا قضاء لنفسه وإن كان يستحق فيه التولية أو الغلة بصفة كونه قاضياً أو من العلماء بخلاف ما لو كانت غلة الوقف مشروطة لشخصه بدون وصف القضاء فإنه لا يجوز أن يقضي بالوقف».
هذا ما نقله في الدر وحاشيته عن نظم الوهبانية وشرحها لابن الشحنة.
وذلك لأنه في حالة الشرط لشخصه إذا قضى بالوقف يكون قضاء لنفسه شخصياً. أما =

٢٧/ ٥ ـ (ج) ـ شخصية الدولة:

ثم إن الفقهاء قد قرروا من الأحكام لتصرف السلطان الحاكم ما لا يمكن تفسيره إلا باعتبار أن الدولة شخصية حكمية عامة يمثلها في التصرفات والحقوق والمصالح رئيسها ونوابه من سائر العمال الموظفين في فروع الأعمال، كل بحسب اختصاصه، في كلٍ من النواحي الخارجية والداخلية والمالية.

فمن تلك الأحكام ما يلي:

١ ـ في الناحية الخارجية:

ففي السياسة الخارجية قد اعتبروا أن ما يبرمه الإمام أو الأمير أو القائد من الصلح والمعاهدات **هو محترم وملزم للأمة لا تجوز للإمام أو الرعية مخالفته**، ما لم ينته أجله، أو ينقض نقضاً مشروعاً بعد إنذار وإمهال، أو يخل الطرف الثاني بعهده فيه، كما تقضي به نصوص الشريعة (ر: الدر المختار، بحث الصلح، أوائل كتاب الجهاد).

وصرح الفقهاء أيضاً أن ما يفتح من البلدان صلحاً يجري الإمام فيه على موجب الصلح، **ولا يجوز لمن بعده من الأئمة والأمراء أن يغيروه** (أول باب المغنم من الدر المختار).

ومعنى هذا اعتبار الدولة، من الوجهة السياسية الخارجية، شخصاً حكمياً يمثله الإمام ويتعاقد باسمه، وفقاً لنظريات الحقوق الدولية الحديثة.

= في حالة ارتباط الشرط بوصف القضاء يكون قضاؤه لا لنفسه بل للشخصية الاعتبارية التي يمثلها القاضي.

ـ ومنها أيضاً تصريح الحنفية بعدم انفساخ الإجارة في الوقف بموت الناظر المؤجر مع أن الإجارة عند الحنفية تنفسخ بموت أحد العاقدين.

وقد علل في الإسعاف عدم انفساخها بموت ناظر الوقف بقوله: **«لأنه عَقَدها لأهل الوقف»** كما في التنقيح ص١٦٥ من الجزء الأول.

فدل ذلك على اعتبارهم أن المتولي في الوقف يمثل شخصية حكمية هي الجهة الموقوف عليها.

٢ ـ في الناحية الداخلية:

وفي ناحية الإدارة الداخلية قد صرح الفقهاء أن العمال ـ أي الموظفين ـ لا ينعزلون بموت السلطان الذي عينهم.

وصرحوا أيضاً أن القاضي المأذون بالاستنابة، إذا استناب غيره في القضاء، يكون نائبه نائباً عن السلطان رأساً، لا عن القاضي المستنيب، وذلك كوكيل الوكيل إذ يعتبر وكيلاً عن الموكل الأول. لكن الوكيل ووكيله ينعزلان بموت الموكل؛ أما نائب القاضي، فكما لا ينعزل بعزل القاضي ولا بموته، لا ينعزل أيضاً هو ولا القاضي بموت السلطان أو خلعه، وإنما ينعزلان كلاهما إذا عزلهما السلطان قصداً.

وقد عللوا ذلك بأن: الوكيل يعمل لمصلحة الموكل الخاصة وبولاية منه، وقد بطلت أهلية الولاية بموته فينعزل وكيله. أما القاضي فلا يعمل بولاية شخصية من الخليفة أو السلطان ولا في حقه الخاص، بل بولاية الأمة وفي حقوقها، وإنما الخليفة بمنزلة رسول معبر عن الأمة ـ أي ممثل لها باصطلاح لغة العصر ـ فيكون فعله بمنزلة فعل جماعة الأمة؛ وإن ولايتهم في مصالحهم بعد موت الخليفة أو خلعه باقية، فيبقى القاضي ونائبه على ولايتهما.

وهذا بخلاف العزل القصدي من الخليفة، فإنه إذا عزل القاضي أو نائبه أو الوالي ينعزلون، لأن سلطة العزل ممنوحة للخليفة أو السلطان من قبل جماعة الأمة؛ لأنهم بتوليته أمرهم، يُعتبرون قد ولوه حق استبداله العمال بدلالة الحال لتعلق مصلحتهم بذلك. فإذا عزل أحداً فكأنما عزلته جماعة الأمة. فهو الفرق بين العزل والموت.

(البدائع، فصل ما يخرج به القاضي عن القضاء. ورد المحتار، فصل الحبس من كتاب القضاء. وشرح الكنز للزيلعي، كتاب الوكالة. وإن عبارة التعليل المنقولة هي للبدائع بتصرف بسيط).

وهذا من أظهر النصوص الفقهية في اعتبار الأمة بمجموعها ـ أي الدولة ـ شخصاً حكمياً في إدارتها الداخلية تجاه أفرادها، يمثلها في هذه الإدارة العامة

السلطان ونوابه في فروع الأعمال، وتعتبر تصرفاتهم في هذه الأعمال ضمن حدود المصلحة مضافة إلى الأمة كأنها صادرة عنها.

٣ ـ في الناحية المالية:

وفي ناحية المسؤولية المدنية، وهي التي يبرز فيها وجه الذمة في شخصية الدولة، قد نص الفقهاء أيضاً أن القاضي إذا أخطأ بقضائه دون عمد في **الحقوق العامة الخالصة** ـ حقوق الله ـ مما لا يمكن فيه التلافي، كقطع يد السارق إذا ظهر بعده أن الشهود عبيد مثلاً، لا يضمن القاضي الدية بل ضمانها في بيت المال، لأن القاضي إنما عمل في ذلك لمصلحة الأمة عامة، لعود منفعة الحد إليهم وهي الزجر، فكان خطؤه عليهم، فيؤدى الضمان من بيت مالهم (البدائع فصل خطأ القاضي ١٦/٧، ورد المحتار، أواخر فصل الحبس من كتاب القضاء، والمدخل الفقهي ج٢ ف٨٣/ ١٣).

٦/٢٧ ـ ومقتضى هذه النصوص المتقدمة وأمثالها أَن الفقهاء قد اعتبروا لمجموع الأمة أو الدولة شخصية حكمية ذات أهلية وذمة مستقلة عن شخصيات أفرادها الذين تتألف منهم. ولها مالية خاصة مستقلة عن أموالهم، وإن كانت **تجبى منهم، وهي بيت المال.**

واعتبروا عمال الأعمال العامة التي لها نيابة عن الخليفة أو السلطان ممثل الأمة ـ وباصطلاح اليوم: **عناصر وفروع السلطة التنفيذية من وزارات وإدارات وقضاء ـ فروعاً** متفرعة عن شخصية الدولة الكبرى، ويمثلونها كل منهم في دائرة اختصاصه.

فما كان منهم من خطأ معذور فالتزام ضمانه في ذمة شخص الدولة، ويوفى من خزينتها المالية العامة.

وهذا يتفق تماماً مع النظريات الحقوقية الحديثة في مسؤولية الدولة.

فنستطيع القول إذن بأن الفقه الإسلامي، في نطاق الشخصية الحكمية، قد بنى أحكامه على إقرار فكرة هذه الشخصية واعتبار خصائصها. وإن عدم

التسمية لا يدل على عدم المسمى، وإنما العبرة للمفاهيم والأحكام.

٧/٢٧ ـ غفلة بعض الفقهاء في هذا الشأن:

على أن بعض الفقهاء لم يحسنوا تصور فكرة الشخصية الحكمية واستنباط مفهومها من نصوص الأحكام الفقهية التي تدل عليها، فوردت لهم بعض مباحث وآراء تتنافى مع فكرة الشخصية الحكمية وأحكامها الأساسية:

١ ـ فمن ذلك اختلاف متأخري الفقهاء في أن الأوامر السلطانية المتعلقة بالقضاء مما يعود إلى صلاحية السلطان في المصالح المرسلة ـ كالأمر بعدم سماع الدعوى بحق بعد مرور خمسة عشر عاماً عليه، وهي قضية التقادم، أو مرور الزمن، هل تبطل بموت السلطان الآمر فلا يلزم بها القضاء إلا إذا تجدد الأمر بها من السلطان الجديد؟ أو يستمر حكمها؟

فقد جنح خير الدين الرملي إلى بطلان الأمر والنهي ولزوم تجديده بموت السلطان، وبتبدل القاضي. وقد تابعه في ذلك العلامة ابن عابدين في رد المحتار (ر: أواخر فصل الحبس في كتاب القضاء من رد المحتار، وتقريرات الرافعي عليه).

فلا جرم أن النظر الفقهي السديد لا يفسح مجالاً للاشتباه والاختلاف في استمرار حكم الأمر والنهي بعد موت السلطان، وعدم الحاجة إلى تجديده حتى للقضاة الذين يعينون مجدداً بعد صدور الأمر إلى أسلافهم. ذلك لأن السلطان لم يصدر أمراً مقيداً بشخص هذا القاضي، وإنما أصدره في الحقيقة إلى المحكمة التي يمثلها القاضي. وهو أيضاً لم يصدره باسمه الشخصي بل باسم شخصية الدولة التي يمثلها.

فلا يبطل أمره بموته كما لا يبطل بموته تعيينه للقاضي نفسه بإتفاق الفقهاء، بل ذلك أولى، لأن أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد التقادم، أمر قانوني خوله إياه الشرع، فيلحق بالتشريع، فله صفة الدوام في نظر الفقه، بينما تعيين القاضي إنما هو تنفيذ يمارسه الإمام بصفة أنه منفذ للأحكام الشرعية الواجبة التطبيق.

ولذا استقر العمل الفقهي على ذلك، وهو ظاهر أحكام المجلة في باب مرور الزمان من كتاب الدعوى وفي كتاب القضاء. وإن النصوص الفقهية تدل على هذا الاعتبار كما سلف بيانه بنقلها.

٢ ـ ومن ذلك أيضاً ما ورد في كلام بعض الفقهاء **«أن الوقف لا ذمة له»** وإنما تثبت ديونه في ذمة متوليه أولاً، فتؤخذ من ماله أو من تركته إذا توفي، ثم يرجع هو أو ورثته بها من مال الوقف (ر: الفتاوى الخيرية، وتنقيح الحامدية، أواخر الوقف ١/٢٠٦).

فكأنما تصور القائلون بذلك أن الذمة لا تكون إلا لشخص طبيعي من أفراد الناس، **وهم في الوقت نفسه يرون أن الوقف تثبت الحقوق شرعاً له وعليه**، فالتجأوا إلى هذا التخريج، واتخذوا من ذمة المتولي الشخصية جسراً. ولكنهم وقعوا فيما تهربوا منه: فقد أثبتوا في النهاية للمتولي ولورثته من بعده **حق الرجوع** في مال الوقف!!

وليس معنى هذا إلا أن الوقف يستحق عليه، فيكون مديناً للمتولي، فيجب أن تكون له ذمة. فلماذا لا يكون مديناً لصاحب الحق الأصلي مباشرة!

على أن للفقهاء نصوصاً أخرى خلاف ذلك كلها تفيد بظواهرها ثبوت الدين على الوقف رأساً بلا واسطة ذمة المتولي (ر: التنقيح أيضاً من المحل المذكور، نقلاً عن الفتاوى الكبرى للصدر الشهيد).

وهذا هو الرأي السديد الذي يتفق مع فكرة الشخصية الاعتبارية.

أما الرأي الأول فهو لف ودوران لا حاجة إليه، بل عائد على موضوعه بالنقض كما رأيت. وهو مبني على غفلة من أصحابه عما أقره الفقهاء من ذمة وخصائص للشخصية الحكمية في مواطن أخرى.

فالذمة لا تختص بالشخص الطبيعي؛ وإن الأحكام الفقهية تؤيد ذلك، ونصوص الفقهاء في بيت المال وذمته، بل وذمم فروعه أيضاً، لا تدع شبهة في هذا الشأن.

٣ ـ اختلف رجال المذهب الحنفي في صحة الوصية للمسجد ونحوه من المنشآت: فقيل تصح مطلقاً. وقيل إذا أوصى بالمال لينفق على مصالح المسجد صح، أما إذا أوصى للمسجد نفسه فلا يصح، لأن المسجد لا يملك. لكن الراجح هو الرأي الأول في صحتها مطلقاً، وتصرف إلى مصالحه وهو قول الإمام محمد.

قال ابن عابدين في رد المحتار:

«وينبغي أن يفتى بصحة الوصية للأزهر، وتصرف لطلبته كما يقضي به العرف» اهـ.

ولو أنه لوحظ أمر الشخصية الحكمية التي أقرها الاجتهاد الحنفي نفسه في مواطن عدة لما كان هنالك مجال لهذا الاختلاف في صحة الوصية للمسجد وغيره من المنشآت في وقف له شخصيته، فهي تقع للوقف وتخصص للمسجد بتخصيص الموصي.

فمثل تلك المباحث التي تتنافى مع فكرة الشخصية الحكمية من بعض الفقهاء لا تدل على ما ينافي تلك الفكرة من أصل الفقه، وإنما تدل على عدم انتباه الباحثين إليها وإلى مقتضى تلك النصوص الأصلية المعتبرة في الفقه الإسلامي.

والمهم هو أن نميز بين **فهم بعض الفقهاء** في آرائهم وتخريجهم للأحكام الفرعية، وبين **قواعد الشريعة ونصوصها** وأحكامها الأساسية، كحكمها العام في نظرية بيت المال والوقف.

فما يفهمه بعضهم في تخريجاته هو رأي فقهي قابل للمناقشة قد يخطئ فيه صاحبه ويصيب.

والحاكم في الموضوع إنما هو النصوص والأحكام الأساسية للشريعة ومفاهيمها في مجموع مذاهبها الفقهية. وقد رأيتَ أنها يتجلى فيها اعتبار الشخصية الحكمية وخصائصها بأكمل صورة من الأهلية والذمة.

٨/٢٧ ـ رأي للشيخ علي الخفيف:

اطلعت وأنا بمصر على بحث للأستاذ الجليل الفقيه الشيخ علي الخفيف عن الشخصية المعنوية في كتابه «**الحق والذمة**» الذي بدأ بإخراج جانب منه في الوقت الذي أخرجت فيه هذا البحث عن الشخصية الحكمية في الطبعة الأولى من كتابي هذا. فإذا به يستقر على مثل ما استقر عليه بحثي هنا من أن فكرة الشخصية الحكمية قد أتانا بها الفقه الإسلامي قديماً، وبنى عليها أحكاماً هامة قبل أن تسمى بهذا الاسم القانوني الحديث.

وقد رأيت من المفيد أن ألخص هنا في هذه الطبعة، وتأييداً للبحث، ما بينه الأستاذ المشار إليه في هذا الشأن.

فقد نقل أولاً نظير ما نقلناه آنفاً من قول بعض الفقهاء الحنفية «**إن الوقف لا ذمة له**»، وذكر اختلافهم في صحة الوصية للمسجد ونحوه، ثم قال الأستاذ الخفيف حفظه الله ما خلاصته:

«وبناء على ما تقدم قال **بعض المشتغلين بالفقه** في هذه الأيام: إن الحنفية لا يقولون بالشخصية المعنوية كشخصية الحكومات، والمنشآت، والمصالح، والشركات!!

ولكننا نرى في مؤلفاتهم الفقهية والأصولية أنهم كثيراً ما يقررون لمثل هذه الجهات أحكاماً تقتضي أن لها حقوقاً تجاه غيرها يطلبها من يقوم عليها من ولي أو ناظر، وأن عليها واجبات مالية يطلبها أربابها ممن له الولاية على **هذه الجهات التي شأنها في ذلك شأن الصبي غير المميز ومن في حكمه**.

ـ من ذلك أنهم جعلوا لناظر الوقف أن يبيع محصول أراضي الوقف، وأن يشتري لها ما تحتاج إليه من آلات ودواب. ويكون ما يشتريه ملكاً للوقف لا للمستحقين ولا سائبة بلا مالك، لأن ذلك يتنافى مع عقد الشراء.

فاصبحت جهة الوقف بذلك **بائعة ومشترية**، وكان لها من الحقوق ما يكون لكل بائع أو مشتر، وعليها من الواجبات الالتزامية ما يكلف به كل بائع أو مشتر.

- وإذا آجر الناظر أعيان الوقف فتأخر المستأجر في أداء الأجرة يكون مديناً بها لجهة الوقف، لا للناظر عليه، ولا للمستحقين فيه.

- وإذا اشترى الناظر على الوقف شيئاً له بالنسيئة كان المدين جهة الوقف فيدفع الناظر الثمن من غلته، وإذا عزل صح أن يُطلب الثمن ممن حل محله.

وإذا جاز للبائع أن يطالب به الناظر المعزول بعد عزله فذلك لأنه كالوكيل عن الوقف فترجع حقوق عقده إليه بحسب القاعدة العامة في الوكالة: «**أن حقوق العقد ترجع إلى العاقد**». فيدفع الناظر المعزول الثمن، لكنه يكون ديناً له على جهة الوقف يرجع به.

- ومثل هذه الأحكام تجده كثيراً لبيت المال والناظر عليه في الفقه الحنفي: فيستحق بيت المال ويملك جميع التركات التي لا مستحق لها، وله أموال وأملاك إذا استغني عن شيء منها يباع باسمه ويكون ثمنه له، كما أنه تستحق فيه النفقة للفقراء العاجزين الذين لا عائل لهم شرعاً، وأجور العمال ورواتب الموظفين من ولاة وقضاة ومفتين ومعلمين.

وقد أجازوا للإمام أن يستقرض لبيت المال عند الحاجة، فيعتبر بيت المال هو المدين بالقرض (راجع الفتاوى الهندية ١/ ١٩١).

وهكذا تجد في أحكام بيت المال أن له حقوقاً وعليه تكاليف، وليس للشخصية والذمة معنى إلا هذا.

أليس هذا كافياً لأن نطمئن إلى أن الحنفية يقولون بالشخصية المعنوية وإن لم ينطقوا بهذه الألفاظ لأنها نتيجة اصطلاح حديث؟

هذا هو ما يجب أن يفهم. وإلا فكيف يدار شرعاً مستشفى قد وقفه منشئه، ووقف عليه أموالاً؟

أليس يحتاج إلى أطباء وممرضين وخدم، وكل هؤلاء يستحقون أجورهم من مال المستشفى؟

ثم أليس يحتاج دائماً إلى شراء أثاث وأدوات وأدوية، فيكون لبائعها شرعاً مطالبة المستشفى بثمنها؟

وإذا عولج فيه مرضى بالأجرة، ألا تستحق جهة المستشفى في ذممهم هذه الأجرة، فيطالبهم بها مديره، فتكون ملكاً للمستشفى لا للمدير؟

أليس كل ذلك يقضي بثبوت الشخصية والذمة لجهات لا حياة لها؟

لقد أصبحت المسألة واضحة لا تحتاج بعد ذلك إلى بيان.

وكل هذه الأحكام شرعية لا يختص بها مذهب دون آخر. ولذلك نستطيع أن نقول: إن فقهاء الشريعة كافة يقولون بالشخصية الحكمية، لا فرق بين الحنفية وغيرهم.

على أن مذهب الشافعية والمالكية في ذلك أوضح وأصرح نصوصاً:

- فقد صرحوا: «**إن الوصية للمسجد صحيحة وإن أُريد بها تمليكه، لأن المسجد في منزلة شخص حرّ يملك**» (نهاية المحتاج للرملي الشافعي طبعة الحلبي ٣/١١٦ و ٦/٤٦).

- وصرح المالكية في الوقف بأن الموقوف عليه «يجب أن يكون أهلاً للتملك حقيقة كالشخص المعين والفقراء، **أو أهلاً للتملك حكماً كالقنطرة أو المسجد**» (شرح الزرقاني على متن خليل في الوقف).

فقد اعتبروا كما ترى **القناطر والجسور أَهلاً للتملك حكماً**. وليس معنى ذلك إلا ثبوت الشخصية الحكمية بما لها من أهلية وذمة.

أما ما جاء في بعض كتب المالكية من نفي أهلية الملك عن المسجد فإنما مرادهم به نفي الأهلية الحقيقية لا الحكمية، جمعاً وتوفيقاً بين النصوص.

فيتضح مما ذكر أن جميع المذاهب في الفقه الإسلامي تقر الشخصية الحكمية، وتقدر لها الذمة كتقديرها في الإنسان، إذ لا شخص بلا ذمة. وفقهاء الشريعة في هذا يتفقون مع فقهاء القانون» اهـ (كتاب الحق والذمة - الطبعة الأولى - ص/٩٦ - ١٠٢/ ملخصاً).

الفصل الثامن والعشرون

الشخصية الحكمية في النظر القانوني

٢٨/ ١ ـ تعريف الشخص الحكمي:

الأشخاص الحكمية في نظر الحقوق الحديثة والقانون ترافق في التصور الأشخاص الطبيعيين، وتعد جزءاً من مفهوم الأشخاص العام لا ينفصل عنه.

وقد عرف الحقوقيون الشخص الحكمي بأنه: **«شخص اعتباري يتكون من اجتماع جماعة من الأشخاص الطبيعيين، ابتغاء غرض مشترك، ينشئون باجتماعهم شخصية ذات حقوق وواجبات متميزة مستقلة عما لإفرادهم»** (دائرة المعارف الفرنسية الكبرى تحت كلمة: Personne).

وهذا التعريف في الحقيقة غير جامع، فقد تقدم وسيأتي أيضاً أن الشخصية الحكمية لا تختص بما ينشأ من اجتماع أفراد طبيعيين كالشركة والجمعية، بل قد تنشأ عن مشروع أو مؤسسة لخدمة ذات منفعة عامة كالوقف، والمدارس والمستشفيات ونحوها من المؤسسات.

فالأولى أن يقال في تعريف الشخص الحكمي أنه: **«شخص يتكون من اجتماع عناصر أشخاص أو أموال يقدر له التشريع كياناً قانونياً منتزعاً منها مستقلاً عنها»**.

وبهذا التعريف يتضح أن الشخص الحكمي يفترق عن الشخص الطبيعي من ناحيتين:

١ ـ أن الشخص الحكمي وجوده قانوني، أي تقديري اعتباري لا حسي. أما الشخص الطبيعي فذو وجود مادي محسوس.

٢ ـ أن الشخص الحكمي وجوده تبعي، أي إنما يكون تابعاً دائماً لوجود مجموعة من أشخاص طبيعيين أو أموال. أما الشخص الطبيعي فوجوده مستقل بنفسه في الواقع والاعتبار.

تعاريف أخرى يمكن أن نضعها للشخص الاعتباري:

١ ـ الشخص الاعتباري هو شخص ذو وجود قانوني يتكون من اجتماع أشخاص طبيعيين، أو من قيام مؤسسة مالية لغاية مشروعة معينة.

٢ ـ الشخص الاعتباري هو شخص يتكون من عناصر أشخاص أو أموال يقدر له التشريع كياناً **قانونياً** مستمداً منها مستقلاً عنها **قابلاً للإلزام والالتزام.**

ويمكن الاستغناء عن ذكر الأهلية للإلزام والالتزام لأن معنى الشخصية يستلزمها.

ولعل هذا التعريف الأخير أوضح وأرجح من غيره.

٢٨/ ٢ ـ أنواع الأشخاص الحكمية:

لكي يمكن فهم فكرة الشخصية الحكمية بوضوح في النظر القانوني يحسن تقسيم الأشخاص الحكميين وتصنيفهم إلى طائفتين أساسيتين هما: الأشخاص الحكمية **العامة**، والأشخاص الحكمية **الخاصة**.

٢٨/ ٣ ـ (أولاً) الأشخاص الحكمية العامة:

إن الأشخاص الحكمية العامة هي التي يتعلق بوجودها مصالح مشتركة بين جميع الناس.

وهذه الأشخاص العامة تنطوي على زمرتين هامتين:

الأولى: مصادر السلطة العامة وفروعها.

والثانية: المنشآت العامة.

وسنتولى إيضاحهما فيما يلي:

أ ـ مصادر السلطة العامة:

إن مصادر السلطة العامة هي الدول وتقسيماتها الإدارية.

فالدولة تأتي في رأس قائمة الأشخاص الحكمية العامة، ثم تليها أجزاؤها القانونية.

وإيضاح ذلك: أن الدولة تشتمل على سلطة حاكمة، ومكان محدود.

ـ **فتقسيم السلطة** لأجل توزيع العمل تتولد منه الوزارات والإدارات المختلفة، كوزارة المالية، والعدلية، والداخلية، والخارجية إلخ.. وشعبها الإدارية.

ـ **والتقسيم المكاني** تتولد منه الولايات أو المحافظات، ثم الأقضية، ثم النواحي.

ولكل دولة أسلوب وترتيب واصطلاحات أسماء في تقسيماتها المكانية. ويقوم على رأس كل قسم ممثل للحكومة في إدارته.

ففروع الدولة هذه في تقسيم السلطان أو المكان هي أشخاص حكمية، ولها أموال مخصصة للخدمة العامة ولمنافع الجماعة دون تمييز بينهم، ولها ميزانية مالية خاصة تعد كفروع لبيت المال العام (خزينة الدولة) مستقل بعضها عن بعض. وتعقد كل منها العقود وتلتزم الالتزامات فتستحق ويستحق عليها. كل ذلك تمارسه بواسطة من يمثل الحكومة فيها من وزير فمن دونه. وإن ذمة كلٍ منها **كفرع من ذمة الدولة العامة**.

ويجب أن يلحظ أنه في كلا التقسيمين المكاني والسلطاني لا يعتبر الجزء شخصاً حكمياً مستقلاً غير مندمج في غيره إلا إذا منحته قوانين الدولة هذه الشخصية. فقد تعتبر المدينة أو بعض فروع الوزارات شخصاً حكمياً، وربما لا تعتبر، وذلك بحسب التشريع الإداري في الدولة.

ب ـ المنشآت العامة:

إن المنشآت العامة هي المؤسسات المخصصة لمصالح ومرافق عامة،

كالجامعات العلمية، والمستشفيات ودور الأيتام، وكالمخابر الفنية، ودور الإذاعة اللاسلكية اليوم ونحوها؛ إذا كانت هذه المنشآت حكومية.

فلهذه المنشآت شخصية قانونية وذمة مالية بالمعنى المتقدم.

وقد تكون تابعة للدولة كلها أو لبعض أقسامها المكانية من إقليم أو محافظة أو ناحية أو مدينة.

ويترتب على هذه التبعية أنه عند إلغاء هذه المنشآت وزوال شخصيتها تقع إدارة المرافق الداخلة في اختصاصها على عاتق الدولة أو على عاتق القسم التابعة له.

والفرق الأساسي بين المنشآت العامة وبين فروع السلطة الإدارية في الدولة، كالدوائر الفرعية في الوزارات، ومصلحة الري، والمكوس (الجمارك) ونحوها، هو أن المنشآت العامة لا تهدف إلى سد حاجات إدارية إقليمية في أقسام الدولة، وإنما هدفها خدمة **مصلحة معينة** من المصالح العامة، علمية أو خيرية أو غير ذلك.

٤/٢٨ ـ (ثانياً) الأشخاص الحكمية الخاصة:

إن الأشخاص الحكمية الخاصة تتميز عن العامة بأنها ليست متفرعة عن الدولة ومشاريعها؛ وإنما هي ناشئة عن رغبة أو رغبات فردية محضة. فهي غريبة عن الجهاز الإداري في الدولة، ولكن هذا لا يمنع أن يكون منها ما يرمي إلى تحقيق منفعة عامة كما سنرى[١].

وهذه الأشخاص الحكمية الخاصة أقسام يتميز بعضها عن بعض من ناحيتين: ١ ـ من ناحية تكوينها ٢ ـ ومن ناحية الغرض الذي ترمي إليه.

---

(١) وهذا الفرق في المنشأ بين الأشخاص الحكمية العامة والخاصة من حيث إن الأولى متفرعة عن الجهاز الإداري للدولة، والثانية عن رغائب الناس ونشاطهم تنشأ عنه نتيجة هامة: هي أن الأشخاص الحكمية العامة تستعمل سلطات الدولة التي تتوقف عليها غاياتها العامة كالاستملاك للنفع العام، بخلاف الأشخاص الحكمية الخاصة الآتية الذكر.

- فهي من ناحية تكوينها تنقسم إلى قسمين: **المؤسسات، والجماعات**.

- ثم الجماعات من جهة أغراضها تنقسم أيضاً إلى قسمين: **الشركات، والجمعيات**.

(أ) المؤسسات، والجماعات:

١ - يراد من المؤسسات المشاريع الخيرية أو الثقافية أو الاجتماعية المزودة بتنظيم مادي وبمورد مالي يكفل حياتها، كالمستشفى الذي ينشئه أحد المحسنين، ويرصد له مورداً مالياً بحيث يكفي نفسه بنفسه. ومثل ذلك أيضاً المدارس والملاجئ والمياتم التي ينشئها الأفراد ويرصدون لها الأموال.

فكل مشروع من أمثال هذه المشروعات هو مؤسسة تعتبر لها شخصية حكمية تسهيلاً لمهمته. وإن شخصيته مستقلة عن أشخاص العاملين فيه والمنتفعين منه.

ويمثل شخصية هذه المشاريع في العقود والالتزامات من يقوم على إدارتها من مدير ونحوه.

والأوقاف في التشريع الإسلامي تعتبر من قبيل هذه المؤسسات ذات الشخصية الحكمية، فإن هذه المؤسسات إنما يتوصل إلى إنشاء أشخاصها عن طريق الوقف أو الوصية.

٢ - أما الجماعات فنقصد بها الأشخاص الحكمية الخاصة التي قوامها مجموعة من الأفراد يتعاونون بتوحيد جهودهم على تحقيق غرض أو أغراض معينة، فينشؤون باجتماعهم شخصية اعتبارية تتمتع بالأهلية للحقوق والواجبات، مستقلة عن شخصياتهم.

(ب) الشركات والجمعيات:

إن تلك الجماعات الآنفة الذكر تنقسم إلى قسمين مختلفين بينهما بون شاسع من جهة غرض كل منهما، وهما: **الشركات، والجمعيات**.

١ ـ فإذا كانت الجماعة إنما تكتلت على نفسها وحدت جهودها على عمل مشترك بغية **اكتساب المال** واقتسام الأرباح، فتلك هي **الشركة**.

٢ ـ وإذا كانت الجماعة إنما اتفقت على التعاون في بذل جهودها واستخدام معارف أفرادها ونشاطهم **بصفة دائمة** لتحقيق غرض آخر **غير الربح المالي** للأفراد، من الأغراض العلمية أو الخيرية أو الأدبية أو الاجتماعية أو السياسية أو نحو ذلك، فتلك هي: **الجمعية**.

ويدخل في الجمعيات الأحزاب السياسية إذا ألفت بترخيص رسمي من السلطات المختصة في الدولة، فإنها تعتبر أشخاصاً حكمية بالمعنى المشروح.

ملاحظة:

هذا، ويجب أن يلحظ أن الشركات لا تكون ذات شخصية حكمية إلا إذا أسست وفقاً للشرائط والأحكام القانونية المنصوص عليها في قانون التجارة.

وكذلك الجمعيات أيضاً لا تكون شخصاً حكمياً إلا إذا تألفت وفقاً لأحكام قانون الجمعيات.

ومن هنا كانت الشركات نوعين:

١ ـ **الشركات العادية**: وهي المؤسسة وفقاً للأحكام الفقهية الأصلية. وهذه لا تعتبر من الأشخاص الحكمية الخاصة.

٢ ـ **والشركات القانونية**: وهي المؤسسة وفقاً للشرائط التي تعتبرها القوانين التجارية من الأشخاص الحكمية.

٢٨/ ٥ ـ أ ـ فأما الشركات العادية، وهي المؤسسة وفقاً للأحكام الفقهية الأصلية في الفقه الإسلامي، فتنقسم بحسب موضوعها إلى ثلاثة أنواع: شركة أموال، وشركة أعمال، وشركة وجوه.

وكل من هذه الثلاث تنقسم بحسب صفتها وأحكامها إلى قسمين: **شركة**

عنان وشركة مفاوضة، كما سيُرى في محله من قسم العقود المسماة إن شاء الله[١].

وإنما لم تعتبر هذه الشركات العادية من الأشخاص الحكمية الخاصة، لأن الفقهاء لم يثبتوا لها الأحكام التي تقتضي اعتبار هذه الشخصية لها، وإنما جعلوا فيها كل شريك مسؤولاً بشخصه تجاه من يتعاقد معهم بعقد يعود إلى الشركة فليس فيها أي اعتبار لشخصية مجردة عن أشخاص الشركاء الطبيعية، وليس لها مدير يمثلها، وإنما يشترك الشركاء في نتائج تصرفات كل منهم لمصلحة الشركة بسبب ما يقتضيه عقد الشركة من وكالة مقدرة لكل شريك عن أشخاص الآخرين.

وسبب ذلك أنه في عصور الفقه الأولى وما تلاها لم تكن قد عرفت الصور الجديدة للشركات التجارية المنظمة بأنواعها، وأساليب عملها الاقتصادية، وطرائق تكوينها، وحدود مسؤولياتها، مما هو وليد العرف والتطور الاقتصادي الحديث في أوروبا.

فقد دون فقهاء الشريعة الأولون ما كان معروفاً في زمنهم بين الناس من أساليب الاشتراك التجاري والصناعي والزراعي - وهي تعد من الأساليب الابتدائية البسيطة بالنسبة إلى الشركات القانونية الحديثة - ولم يكن في تلك الأساليب ما يقتضي اعتبار شخصية حكمية مجردة لتلك الشركات.

---

(١) **شركة الأموال** هي التي لها رأس مال يشترك في وضعه كل شريك بنسبة معينة.
فإذا لم يكن لدى المشتركين رأس مال وإنما لهم وجاهة وثقة، فاشتركوا على أن يشتروا بالنسيئة ويبيعوا فيوفوا ويقتسموا الربح، **فهي شركة الوجوه**.
وأما **شركة الأعمال** فهي التي تكون بين الصناع كالخياطين مثلاً فيشتغلون معاً ويشتركون في أجور أعمالهم.
وكل من هذه الأنواع الثلاثة يكون **شركة عنان** إذا لم يكن بين الشركاء من رابطة سوى ما يقتضيه عقد الشركة من صيرورة كل منهم وكيلاً عن الآخر في التصرفات العائدة للشركة.
فإذا كانت الشركة تتوافر فيها شرائط مخصوصة مبينة في بحث الشركات بحيث يصبح **كل شريك وكيلاً وكفيلاً عن الآخر، فيكون أحدهما مسؤولاً بما يعقده الآخر، فهي شركة مفاوضة**.
وهناك نوع آخر من الشركة خارج عن هذا التقسيم يكون فيه رأس المال من أحد الطرفين والعمل فقط من الآخر، ويسمى هذا النوع: **«مضاربة» أو «قراضاً» (بكسر القاف)**.

وقد نظم الفقهاء أحكامها بما تقتضيه قواعد الشريعة في أوضاع تلك الشركات وأشكالها المعروفة.

٦/٢٨ ـ ب ـ وأما الشركات القانونية وهي المؤلفة وفقاً للطرائق والأساليب التي أوجدها التطور الاقتصادي الحديث فقد فصّلت أحكامها القوانين التجارية. وهي شخصية حكمية ذات إدارة موحدة يمثلها مدير أو مجلس.

ومسؤولياتها المالية إما مطلقة مضمونة بجميع أموال الشركاء التي لهم في الشركة وخارجها، وإما محددة لا تسري على غير رأس المال المعلن للشركة.

والشركاء فيها إما أناس معينون بذواتهم؛ وإما أصحاب سهام قابلة للنقل وللتداول تنتقل من شخص إلى شخص، فكأن الاشتراك للسهم بقطع النظر عن صاحبه[١].

وتعتبر الشركة بمجموعها بمثابة شخص طبيعي واحد في أهليتها وذمتها وعقودها وحقوقها والتزاماتها وأموالها وتحقق ضرائب الدولة عليها إلخ. . .

---

(١) بالنظر إلى مجموع هذه الاعتبارات تنقسم الشركات القانونية إلى أنواع، أشهرها وأكثرها شيوعاً في التعامل ثلاثة:

أ ـ شركة **التضامن** المعروفة باسمها الفرنجي: (كولكتيف Société en nom collectif).

ب ـ وشركة **التفويض** (كوманديت S. en commandite).

جـ ـ والشركة **المُغْفَلَة** (أنونيم S. anonyme).

فالأولى: تقوم على أساس التضامن الحقوقي بين جميع الشركاء وكل منهم مسؤول بجميع ماله عن الحقوق التي تثبت للغير على الشركة.

والثانية: تقوم على أساس أن بعضهم مسؤول بجميع أمواله التي في الشركة وخارجها، كما في شركة التضامن، وهؤلاء هم الشركاء المفوَّض إليهم، وبعضهم الآخر غير مسؤول إلا برأس ماله الذي في الشركة دون بقية أمواله، وهؤلاء هم الشركاء المفوضون (بصيغة الفاعل).

والثالثة: هي التي تكون في المشاريع الاقتصادية الكبرى، وتحتاج إلى رأس مال ضخم يقسم إلى سهام كثيرة قابلة للتداول. وتسمى هذه باسم مشروعها، كشركة الغزل، وشركة الخطوط الحديدية، دون أن يذكر فيه اسم أحد شركائها. ولذلك سميت مُغْفَلة ـ بصيغة المفعول من الإغفال ـ لإغفال أسماء الأشخاص في عنوانها، والاقتصار على اسم المشروع التجاري والصناعي الذي تشتغل فيه وتستثمره.

الفصل التاسع والعشرون

عناصر الشخصية الحكمية، وشرائطها، وميزاتها

٢٩/١ ـ العناصر:

إن الشخصية الحكمية بجميع صورها المتقدمة لا تتحقق إلا باجتماع عنصرين أساسيين في مفهومها:

الأول: مصَلحة مشتركة مشخصة مشروعة.

والثاني: ذمة مالية متميزة.

أ ـ فأما المصلحة المشتركة فإنها الطابع الأساسي الذي يميز الشخص الحكمي عن الشخص الفردي الطبيعي.

فإن فكرة الشخصية الحكمية إنما تولدت في النظر الحقوقي تولداً ضرورياً من وجود مصالح مشتركة في المجتمع متميزة عن المصالح الفردية بحيث لا يمكن إدماجها فيها، ويلحظ عجز الشخصية الطبيعية بمفردها عن أن تضطلع بأعبائها وتضمن تحقيقها.

فالواقع ينبئ بأن الشخصية الطبيعية لا تكفل إلا المصالح الفردية في حين أن الأشخاص الحكمية التي تعترف بها الحقوق الحديثة والقوانين الوضعية إنما تقوم على مصلحة مشتركة استلزمتها الضرورات الاجتماعية، حتى في الأشخاص الحكمية الخاصة كالشركات التي تستند إلى مصلحة مشتركة من طبيعة خاصة، إذ من المسلم به وجود مشروعات اقتصادية تستدعي تضافر الجماعات بجهودها وأموالها، وتتجاوز قدرة الأفراد على انفراد.

فمجهود هذه الجماعات ضمن نطاق مصلحتها الخاصة هو مسخر بطريق غير مباشر لخدمة المصلحة العامة بسد بعض حاجات المجتمع وزيادة الثروة القومية.

ب ـ **وأما الذمة المالية** فإنها من لوازم تصور الشخصية. فقد رأينا أن المبنى الحقوقي في تطور النظر إلى الشخصية، ذلك التطور الذي تولدت منه فكرة الشخصية الحكمية، إنما يقوم على تجريد شخص اعتباري ينتزع من جماعة أو من مشروع، وتشبيهه بشخص طبيعي ذي أهلية وذمة.

فكما لا ينفك تصور الشخص الطبيعي، من الوجهة الحقوقية، عن ذمة له يحمل بها الحقوق (ر: ف١٨/٧ و ١٩/٢) لا ينفك أيضاً الشخص الحكمي عن هذه الذمة، إذ لا يبقى عندئذ معنى للشخصية الحكمية إلا مجرد التمثيل والنيابة في العمل. وهذا غير التشخيص بمعناه الكامل.

وعن هذا كانت فروع السلطة العامة التي تتمتع بتمثيل بعض صلاحيات تلك السلطة في العمل ولكنها ليست لها ذمة مالية مستقلة وأهلية تثبت بها الحقوق المالية لها وعليها، كالمحاكم مثلاً، لا تعتبر أشخاصاً حكمية بالمعنى القانوني المشروح، وإن كان لها شخصية مجردة عن أشخاص حكامها تمارس بمقتضاها العمل باسم الدولة، ولا يؤثر في صحة عملها وارتباط أجزائه تبدل الأشخاص القائمين به[1].

٢٩/٢ ـ شريطة الاعتراف القانوني بالشخصية الحكمية:

هذا، ولأن العنصرين المتقدمين، (عنصر المصلحة المشتركة، وعنصر

---

(١) «إن الهيئات السياسية من إدارية أو عدلية، ومجلس الشيوخ، ومجلس النواب، ومجلس الدولة، ومحكمة التمييز (النقض)، وديوان المحاسبات، وسائر الهيئات العدلية بوجه عام، والمجالس العمومية، والمجالس البلدية، **لا تعتبر أشخاصاً حكمية**» (دائرة المعارف الفرنسية الكبرى تحت كلمة Personne).
ولا يخفى أن مصلحة البلدية نفسها شخص حكمي من فروع السلطة العامة، وإن لم تكن مجالس البلديات أشخاصاً حكمية.

الذمة)، يتوقفان على الاعتبار التشريعي لهما من حيث أن المصلحة المشتركة ليس لها حد مادي يحدها، وكذلك الذمة هي حقيقة عقلية غير محسوسة، لذلك كان تشخيص هذه المصلحة وإثبات الذمة لها أمراً يحتاج إلى تقرير من جانب التشريع.

يستثنى من ذلك الدولة نفسها، فإنها تكتسب شخصيتها بحكم الضرورة والواقع متى استوفت عناصر تكوينها. وليس اعتراف الدول الأخرى بها شريطة لاكتساب شخصيتها من الوجهة الحقوقية، وإنما هو عرف سياسي وتقليد دولي متبع اليوم لتبادل التمثيل السياسي.

فليس عدم هذا الاعتراف مانعاً من تكون شخصية الدولة المتوافرة العناصر.

وعن هذا كان من المحتم، لكي يكتسب الشخص الحكمي شخصيته أن يعترف التشريع له بهذه الشخصية المستقلة في حمى الدولة.

ولا يجب أن يعترف التشريع بذلك لكل شخص حكمي ناشئ على حدة، بل يكفي الاعتراف النوعي، كما أقرت الأحكام الفقهية في الإسلام شخصية للوقف وبيت المال، وكاعتراف القانون التجاري بالشخصية لأنواع الشركات القانونية التي تؤسس وفقاً لشرائطه، واعتراف قانون الجمعيات بشخصيات الجمعيات التي تؤسس وفقاً لأحكامه.

ولا يجب في هذا الإقرار التشريعي أن يصرح بلفظ «**الشخصية الحكمية**» بل يكفي أن يقر التشريع للجماعات أو المؤسسات الحقوق والأحكام التي تعتبر للأشخاص وإن لم يصرح باسم الشخصية الحكمية، كإقرار ثبوت الحقوق للوقف وعليه في الفقه الإسلامي على نحو ما تقدم.

٢٩/٣ ـ المميزات والفوارق بين الأشخاص الطبيعيين والحكميين:

تفترق الأشخاص الحكمية عن الأشخاص الطبيعية بفوارق أهمها ما يلي:

١ ـ إن الأشخاص الحكمية لا تتعلق بها حقوق الأحوال الشخصية التي

هي **من خصائص الإنسان**، كحقوق الأسرة من زواج وطلاق ونسب وقرابة وإِرث إلخ...

أما ما ليس من هذه الخصائص الإنسانية فيثبت للشخص الحكمي كالجنسية، والأهلية، والمُقام (الموطن).

٢ ـ إن الأشخاص الحكمية لا تموت كالأشخاص الطبيعية بل تمتاز بالدوام.

وكذلك لا تزول بزوال الشخص الطبيعي الذي يمثلها، كما أن تبدله لا يبدل من وضعها الحقوقي شيئاً.

٣ ـ إن الشخص الطبيعي لا يتوقف وجود شخصيته على اعتبار أو اعتراف تشريعي، بل بمجرد وجوده المادي تثبت شخصيته.

أما الشخص الحكمي فتتوقف شخصيته على إقرار التشريع لها كما تقدم.

٤ ـ إن أهلية الشخص الطبيعي للتصرفات وكسب الحقوق وتحمل الالتزامات غير محدودة. وإنما تنقص عن كمالها بعوارض، كما بيناه في نظرية الأهلية والولاية من المدخل الفقهي العام (ج٢ الباب ٨).

أَما أهلية الأشخاص الحكميين فهي مقيدة بالحدود التي يحددها لها التشريع، وبما يدخل في أغراضها التي تكونت من أجلها وتتوقف عليها ممارسة مهمتها:

ـ فالجمعيات الخيرية المنشأة للإسعاف مثلاً لا تملك أن تتاجر.

ـ والمنشآت العامة لا يصح منها قبول التبرعات إلا بإذن من الحكومة.

ـ والجمعيات بصورة عامة لا يسوغ لها أن تملك من الأموال غير المنقولة سوى ما تحتاج إليه في ممارسة عملها.

٥ ـ إن أهلية الشخص الطبيعي تتطور تبعاً لمراحل نموه: فتبدأ أهلية وجوب ناقصة، وتنتهي إلى أهلية أداء كاملة ببلوغ الرشد.

وذلك بخلاف أهلية الشخص الحكمي، فإن أهليته تأخذ نهاية حدودها منذ وجودها وتظل ثابتة لا تتطور.

٦ ـ إن الأشخاص الحكمية لا تطبق عليها العقوبات البدنية، بل العقوبات المدنية والإدارية فقط.

ومن نتيجة ذلك أنه لا يمكن تطبيق الحبس في استيفاء ما يستحق عليها من ديون، بل الحجز فقط.

٧ ـ يزول الشخص الحكمي بزوال شرائطه، أو زوال العوامل التي أوجدته، وعندئذ يسمى زواله: **انحلالاً**.

أما زوال الشخص الطبيعي فيكون بانتهاء حياته، ويسمى: **موتاً**.

وهذا الانحلال في الشخص الحكمي يكون بأسباب وصور عديدة: فقد يكون بحسب سببه انحلالاً طبيعياً، أو تشريعياً، أو قضائياً، أو إدارياً أو إرادياً[1].

---

(١) الانحلال الطبيعي يكون بموت جميع الأفراد المشتركين، أو بعدم إمكان تأدية الأعمال التي تكون الشخص الاعتباري لأجلها ويسمى أيضاً انحلالاً حكمياً.

والانحلال التشريعي يكون عند صدور قانون يحل بعض الأشخاص الحكمية.

والانحلال القضائي يكون نتيجة لدعوى يدعى فيها بالحل بسبب موجب ويقضى به.

والانحلال الإداري يكون عندما يخالف الشخص الحكمي نظامه الخاص أو قانون الجمعيات أو النظام العام (كما لو قامت جمعية بعمل ينافي الآداب العامة مثلاً) فللسلطات الإدارية حلها.

والانحلال الإرادي يكون برغبة أكثرية الأفراد الذين تألفت الشخصية من اجتماعهم، أو برغبة من يحق لهم الحل بحسب نظامها الأساسي.

وإذا كان الشخص شركة فأمواله بعد الانحلال للأفراد الذين تتألف الشخصية منهم. وإذا كان جمعية خيرية أو حزباً سياسياً، ففي حالة الانحلال التشريعي والقضائي والإداري تصادر الحكومة الأموال غالباً. وفي الانحلال الطبيعي والإداري تصرف الأموال إلى الجهة التي يعينها النظام الأساسي للجمعية.

٤/٢٩ ـ هذه خلاصة ما يتعلق بالأشخاص الحكمية في الحقوق الحديثة والأنظار القانونية[١].

وبالرجوع إلى القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، وإلى ما أسلفنا من البحث عن فكرة الشخصية الحكمية في الفقه الإسلامي، يتضح أن النظريات الحقوقية الحديثة والأحكام القانونية المعتبرة اليوم في الشخصية الحكمية تتفق كلها مع قواعد الفقه الشرعي.

ولو أن هذه المؤسسات ذات الشخصية الحكمية القانونية اليوم وجدت في العصور الفقهية الماضية لدينا لأقر لها الفقهاء هذه الأحكام التي جاء الشرع بأمثالها في شخصية الدولة وبيت المال والوقف كما تقدم.

فالأحكام القانونية المتعلقة بالأشخاص الحكمية العامة والخاصة كالجمعيات والمؤسسات، يمكن إدخالها في صلب الفقه وكتبه.

---

(١) مصادر البحث فيها ترى في القوانين التي تتعلق بالأشخاص الاعتبارية كقانون الجمعيات، والقانون التجاري، وفي مؤلفات الحقوق الإدارية ككتاب الأستاذ شاكر الحنبلي، والوجيز في الحقوق الإدارية للدكتور مصطفى البارودي، ومؤلفات مدخل علم الحقوق ككتاب الأستاذ الدكتور محمد علي عرفة، والأستاذ الدكتور سليمان مرقص بمصر؛ وفي المؤلفات الخاصة بالشخصية في اللغات الأجنبية ككتاب الأستاذ سالي الفرنسي في نظرية الشخصية الحقوقية وتاريخها: De la Personnalité juridique, Histoire et théorie.

الملحق

نصوص مواد النظرية العامة للالتزامات في الفقه الإسلامي(١)

في مشروع

قانون المعاملات المالية العربي الموحد

(القانون المدني الموحد على أساس الفقه الإسلامي)

كما أقرتها اللجنة العامة لتوحيد التشريعات بجامعة الدول العربية

بناءً على المذكرات التأصيلية والصيغ التي وضعتها

لجنة خبراء الأمانة العامة في الدائرة القانونية

في جامعة الدول العربية بتونس

سنة ١٩٨٤م

(١) انظر مقدمة هذا الإخراج الجديد ص(٥).

تعريف
بعمل لجنة خبراء الأمانة العامة

قامت لجنة خبراء الأمانة العامة بإنجاز هذه النظرية العامة للالتزامات بنصوصها المعروضة في هذا الملحق، والمؤصّلة على أساس الفقه الإِسلامي في مختلف مذاهبه بمذكّرات إيضاحية تصلها بمراجعها الأصلية من الفقه الإسلامي مادة فمادة، وذلك في المدة ١٩٨١ ـ ١٩٨٤م.

وتكوّنت لجنة الخبراء التي قامت بهذا العمل من:

ـ الأستاذ رشيد الصباغ، رئيس دائرة بمحكمة الاستئناف بتونس، رئيساً.

ـ الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، رئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق، جامعة الخرطوم، السودان.

ـ الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، عمان.

ـ الدكتور إدريس العبدلاوي، عميد كلية الحقوق في مراكش، المغرب.

ـ الأستاذ حسين محيي الدين، مستشار محكمة الاستئناف، بغداد.

أما اللجنة العامة التي أقرّت الصيغة النهائية لمواد النظرية العامة التي نعرضها في هذا الملحق، فقد كانت مؤلّفة من مندوبين قانونيين وشرعيين عن الدول العربية.

جامعة الدول العربية
الأمانة العامة
الإدارة العامة للشؤون القانونية
إدارة التشريع والبحوث
اللجنة العامة لتوحيد التشريعات العربية
مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد

الكتاب الأول
الحقوق الشخصية والالتزامات
باب تمهيدي
الفصل الأول
قواعد كلية فقهية

المادة ١ : الأمور بمقاصدها.

المادة ٢ : العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

المادة ٣: اليقين لا يزول بالشك.

المادة ٤ : الأصل بقاء ما كان على ما كان.

المادة ٥: الأصل في الصفات العارضة العدم.

المادة ٦: الأصل براءة الذمة.

المادة ٧: الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته.

المادة ٨: لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح.

المادة ٩: لا يُنسب إلى ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان.

المادة ١٠: لا عبرة للتوهم.

المادة ١١: لا عبرة بالظن البيّن خطؤه.

المادة ١٢: الممتنع عادةً كالممتنع حقيقةً.

المادة ١٣: ما ثبت بزمان يُحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه.

المادة ١٤: لا ضرر ولا ضرار.

المادة ١٥: الضرر يُدفع بقدر الإمكان.

المادة ١٦: الضرر يزال.

المادة ١٧: الضرر لا يُزال بمثله.

المادة ١٨: الضرر الأشدّ يُزال بالضرر الأخفّ.

المادة ١٩: يُتَحَمّل الضرر الخاص لدفع ضرر عام.

المادة ٢٠: درء المفاسد أَوْلَى من جلب المصالح.

المادة ٢١: إذا تعارض المانع والمقتضي يُقدَّم المانع.

المادة ٢٢: المشقة تجلب التيسير.

المادة ٢٣: الضرورات تبيح المحظورات.

المادة ٢٤: الضرورات تقدَّر بقدرها.

المادة ٢٥: الحاجة تُنَزَّل منزلة الضرورة عامةً كانت أو خاصة.

المادة ٢٦: الاضطرار لا يبطل حق الغير.

المادة ٢٧: العادة محكَّمة.

المادة ٢٨: لا ينكر تغيُّر الأحكام بتغيُّر الأزمان.

المادة ٢٩: التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.

المادة ٣٠: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

المادة ٣١: الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان.

المادة ٣٢: إعمال الكلام أولى من إهماله.

المادة ٣٣: الأصل في الكلام الحقيقة.

المادة ٣٤: إذا تعذّرت الحقيقة يُصار إلى المجاز.

المادة ٣٥: المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة.

المادة ٣٦: الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر.

المادة ٣٧: إذا تعذّر إعمالُ الكلام يُهمل.

المادة ٣٨: لا مساغ للاجتهاد في مورد النص.

المادة ٣٩: الاجتهاد لا يُنقض بمثله.

المادة ٤٠: ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه.

المادة ٤١: إذا زال المانع عاد الممنوع.

المادة ٤٢: ما جاز لعذر بطل بزواله.

المادة ٤٣ : ما حرم أخذه حرم إعطاؤه.
المادة ٤٤ : يُغتفر في البقاء ما لا يُغتفر في الابتداء.
المادة ٤٥ : التابع تابع فلا يفرد بالحكم.
المادة ٤٦ : يُغتفر في التوابع ما لا يُغتفر في غيرها.
المادة ٤٧ : إذا سقط الأصل سقط الفرع.
المادة ٤٨ : إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه.
المادة ٤٩ : قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل.
المادة ٥٠ : من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته.
المادة ٥١ : ما لا يتم الواجب إلاَّ به فهو واجب.
المادة ٥٢ : إذا تعذر الأصل يُصار إلى البدل.
المادة ٥٣ : الساقط لا يعود.
المادة ٥٤ : تبدُّل سبب الملك كتبدُّل الذات.
المادة ٥٥ : الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة ما لم يقم دليل شرعي على خلافه.
المادة ٥٦ : يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان.
المادة ٥٧ : التعاقد على المعصية لا يجوز.
المادة ٥٨ : الباطل لا يقبل الإجازة.
المادة ٥٩ : الجواز الشرعي ينافي الضمان.
المادة ٦٠ : الخراج بالضمان.
المادة ٦١ : الغرم بالغنم.
المادة ٦٢ : لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن.
المادة ٦٣ : الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل.
المادة ٦٤ : لا يجوز لأحد أن يأخذ مال غيره بلا سبب شرعي.
المادة ٦٥ : يُضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبراً.
المادة ٦٦ : المباشر ضامن وإن لم يتعمد.
المادة ٦٧ : المتسبب لا يضمن إلاَّ بالتعدي.
المادة ٦٨ : إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر.

المادة ٦٩: جناية العجماء جُبار.

المادة ٧٠: دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه.

المادة ٧١: المرء مؤاخَذ بإقراره.

المادة ٧٢: الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان.

المادة ٧٣: البينة حجة متعدّية والإقرار حجة قاصرة.

المادة ٧٤: البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل.

المادة ٧٥: البينة على من ادعى واليمين على من أنكر.

المادة ٧٦: من سعى في نقضِ ما تمّ من جهته فسعيُهُ مردودٌ عليه.

المادة ٧٧: من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه.

المادة ٧٨: الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً.

المادة ٧٩: الأصل في الأشياء الإباحة.

المادة ٨٠: ليس لِعرْقٍ ظالم حق.

المادة ٨١: لا ينزع شيء من يد أحد إلاّ بحق ثابت.

المادة ٨٢: الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة.

المادة ٨٣: التصرف على الرعية منوط بالمصلحة.

المادة ٨٤: خطأ القاضي في بيت المال.

المادة ٨٥: الجهل بالحكم ليس عذراً.

الفصل الثاني
أحكام عامة

الفرع الأول
القانون وتطبيقه

المادة ٨٦: يسمى هذا القانون قانون المعاملات المالية.

المادة ٨٧: تعتبر أحكام هذا القانون المرجع العام في تنظيم المعاملات التي لم يرد بشأنها نص خاص في قانون آخر.

المادة ٨٨:

١ ـ تطبَّق النصوص القانونية على جميع المسائل التي تتناولها بكل طرق دلالاتها.

٢ ـ إذا لم يوجد نص قانوني تطبَّق أحكام الفقه الإسلامي الأكثر ملاءمة للقانون دون التقيد بمذهب فقهي معين، فإن لم توجد، تطبَّق مبادئ الشريعة الإسلامية ومقاصدها مع مراعاة العرف حيث يوجد بالشرائط المقررة فيه فقهاً.

المادة ٨٩: يرجع في تحديد مضمون النص وتفسيره إلى قواعد علم أصول الفقه الإسلامي.

المادة ٩٠: تحسب المدد بالتقويم الشمسي ما لم يُنص على غير ذلك.

التطبيق الزمني للقانون

المادة ٩١: يُعمل بالقانون من تاريخ نفاذه فلا يسري على ما سبقه من الوقائع إلاَّ إذا وُجد نص قانوني صريح يقضي بذلك.

المادة ٩٢: إذا كان الشخص كامل الأهلية بمقتضى قانون قائم ثم أصبح ناقص الأهلية بمقتضىٰ قانون جديد لا يؤثر ذلك في تصرفاته السابقة.

المادة ٩٣:

١ ـتسري النصوص القانونية الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل.

٢ ـ على أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة.

المادة ٩٤: إذا قرر قانون جديد مدة للتقادم أقصر مما قرره القانون القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك، ما لم يكن الباقي من المدة التي قررها القانون القديم أقصر من جميع المدة التي قررها القانون الجديد، فحينئذٍ يتم التقادم بانقضاء ذلك الباقي.

المادة ٩٥: لا يُلغى النص القانوني أو يوقَف العمل به إلاَّ بقانون لاحق ينص صراحة على ذلك أو يتعارض معه أو ينظم موضوعه تنظيماً جديداً.

المادة ٩٦: لا يلغي نص في قانون عام نصاً يعارضه في قانون خاص قبله إلاَّ إذا صرح بذلك.

التطبيق المكاني للقانون

المادة ٩٧: يعتبر القانون الوطني هو المرجع في تكييف العلاقات عندما تتنازعها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه منها.

المادة ٩٨:

١ ـ يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، على أنه في التصرفات المالية التي تعقد في «الدولة التي تطبق هذا القانون» وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية لسبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه فإن هذا السبب لا يؤثر في تصرفه.

٢ ـ يسري على النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية قانون الدولة التي فيها مركز إدارتها الرئيسي الفعلي إلاَّ إذا كان نشاطها الرئيسي يوجد في «الدولة التي تطبق هذا القانون» فإن أحكامه هي التي تسري.

المادة ٩٩:

١ ـ يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون الزوج وقت انعقاد الزواج.

٢ ـ أما من حيث الشكل فيُعتبر الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي ووطني صحيحاً إذا عقد وفقاً لأوضاع البلد الذي تم فيه، أو وفق قانون الزوج.

المادة ١٠٠:

١ ـ يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الزواج على جميع الآثار التي يرتبها عقد الزواج على أنه إذا اتحدت جنسية الزوجين بعد الزواج طبق قانون جنسيتهما على آثار الزواج.

٢ ـ يسري على الطلاق قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق. ويسري على التطليق القضائي والفسخ والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى.

المادة ١٠١: يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون دولة الملتزم بها.

المادة ١٠٢: يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون دولتهم.

المادة ١٠٣:

١ ـ يسري على الميراث قانون الدولة التي ينتمي إليها المورِّث وقت موته على أنه بالنسبة لغير المسلمين لا يرث الأجنبي من الوطني. إذا كان قانون دولة الأجنبي لا يورث الوطني.

٢ ـ تؤول إلى الدولة الحقوق المالية للأجنبي الذي لا وارث له الموجودة على إقليمها ولو صرّح قانون دولته بخلاف ذلك.

المادة ١٠٤:

١ ـ يسري على الأحكام الموضوعية للوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون دولة المتصرف وقت موته.

٢ ـ أما من الناحية الشكلية فتكفي مطابقتها لقانون دولة المتصرف أو الدولة التي تم فيها التصرف.

المادة ١٠٥: يطبق على الالتزامات التعاقدية شكلاً وموضوعاً القانون الذي يَتّفق المتعاقدان على تطبيقه فيها صراحةً أو ضمناً. فإن سكت العقد يطبق قانون الدولة التي تم فيها التعاقد.

المادة ١٠٦:

١ ـ يسري على الحيازة والملكية وسائر الحقوق العينية في المنقول قانون الدولة التي يُوجَد فيها وقت تحقيق السبب الذي ترتب عليه كسب تلك الحقوق.

٢ ـ أما فيما يختص بالعقار فإنه يسري قانون موقعه في جميع الأحوال سواء في ذلك الوصية والالتزامات التعاقدية وسائر الحقوق العينية.

٣ ـ القانون الذي يحدد ما إذا كان الشيء عقاراً أو منقولاً هو قانون الدولة التي يوجد فيه ذلك الشيء.

المادة ١٠٧:

١ ـ يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام.

٢ ـ لا تسري أحكام الفقرة السابقة بالنسبة للالتزام الناشئ عن الفعل الضارّ على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون فيه غير مشروعة إذا كانت مشروعة في ظل القانون الوطني.

المادة ١٠٨: يسري قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات على قواعد الاختصاص وإجراءات التقاضي.

المادة ١٠٩:

١ ـ تعيّن المحكمة القانون الواجب التطبيق على الأشخاص الذين تثبت لهم جنسيات متعددة أجنبية في وقت واحد.

٢ ـ يطبق قانون الدولة على الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو يحملون جنسيات متعددة إحداها وطنية.

المادة ١١٠: إذا كان القانون الواجب التطبيق قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، فإن قانونها هو الذي يقرر أي شريعة منها يجب تطبيقها، فإذا لم يوجد به نص طُبِّقت الشريعة الغالبة.

المادة ١١١: إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فإنه لا يطبّق منه إلاّ أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص.

المادة ١١٢: تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين.

المادة ١١٣ : لا يجوز تطبيق أحكام قانون عينته النصوص السابقة إذا كانت تلك الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام.

الفرع الثاني

الأشخاص

أولاً: الشخص الطبيعي

المادة ١١٤ :

١ ـ تبدأ شخصية الإنسان منذ تكوّنه جنيناً حياً وتنتهي بموته.

٢ ـ حقوق الحمل يحدّدها القانون.

المادة ١١٥ :

١ ـ تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك.

٢ ـ فإذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أُدرج بالسجلات يجوز الإثبات بأية وسيلة من وسائل الإثبات القانونية.

المادة ١١٦ : تسري في شأن المفقود والغائب واللقيط الأحكام المقررة في القوانين الخاصة ما لم تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

المادة ١١٧ : تطبّق في شأن أسماء الأشخاص وألقابهم وأسرهم وقراباتهم وجنسياتهم أحكام القوانين الخاصة.

المادة ١١٨ :

١ ـ الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة.

٢ ـ ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن.

٣ ـ وإذا لم يكن للشخص مكان يقيم فيه عادة يعتبر بلا موطن.

المادة ١١٩ : يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارةً أو حرفةً موطناً له بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة.

المادة ١٢٠ :

١ ـ موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً أو قضاءً.

٢ ـ ومع ذلك يجوز أن يكون للقاصر المأذون له بالتجارة موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها.

٣ ـ السن اللازمة لجواز الإذن بالتجارة للقاصر هي التي يحددها القانون.

المادة ١٢١:

١ ـ يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معيَّن.

٢ ـ الموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني يكون هو موطن صاحبه بالنسبة لكل ما يتعلق بهذا العمل، ومن ذلك إجراءات التنفيذ الجبري إلاَّ إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى.

٣ ـ لا يجوز إثبات وجود الموطن المختار إلاَّ بالكتابة.

المادة ١٢٢:

١ ـ كل شخص يبلغ الرشد ولم يحجر عليه يصبح كامل الأهلية للتصرف.

٢ ـ يرجع في تحقق الرشد إلى القوانين الخاصة.

المادة ١٢٣:

١ ـ لا يكون أهلاً للتصرف كل شخص غير مميِّز لصغر في السن أو خلل في العقل.

٢ ـ لا يعتبر مميزاً من لم يتم السابعة.

المادة ١٢٤: كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ الرشد، وكل من بلغ الرشد وحجر عليه لسفه أو غفلة يكون ناقص الأهلية.

المادة ١٢٥: يخضع عديمو الأهلية وناقصوها لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بحسب الأحوال وفقاً للقواعد المقررة في القانون.

المادة ١٢٦: ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا التعديل في أحكامها.

ثانياً: الشخص الاعتباري (الحكمي)

الأشخاص الاعتبارية

المادة ١٢٧: الأشخاص الاعتبارية هي:

١ ـ الدولة ووحداتها الإدارية والبلديات.

٢ ـ المصالح والمنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية.

٣ ـ الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية.

٤ ـ الوقف.

٥ ـ الشركات المدنية والتجارية وفقاً لما يقرره فيها القانون.
٦ ـ الجمعيات والمؤسسات الخاصة المنشأة وفقاً لأحكام القانون.
٧ ـ كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يمنحها القانون شخصية اعتبارية.

المادة ١٢٨ :

١ ـ يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلاَّ ما كان منها ملازماً لخصائص الشخص الطبيعي، وذلك في الحدود المقررة في القانون.
٢ ـ يكون للشخص الاعتباري:
أ ـ ذمة مستقلة.
ب ـ أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه أو التي يقررها القانون.
ج ـ حق التقاضي.
د ـ موطن مستقل وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٨.
هـ ـ جنسية.
٣ ـ يجب أن يكون للشخص الاعتباري من يمثله في التعبير عن إرادته.

الفرع الثالث
الأشياء والأموال

المادة ١٢٩ :

١ ـ كل شيء مادي أو غير مادي لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية.
٢ ـ الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، أما التي تخرج عن التعامل بحكم القانون فهي التي يمنع القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية.

المادة ١٣٠ : المال هو كل عين أو منفعة أو حق له قيمة مادية في التعامل.

المادة ١٣١ :

١ ـ الأموال المثلية هي ما تتماثل آحادها أو تتقارب بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض عرفاً في الوفاء بلا فرق يُعتدّ به، وتقدَّر مقاديرها في التعامل بالعدّ أو القياس أو الكيل أو الوزن.

٢ - الأموال القيمية هي ما تتفاوت أفرادها في الصفات أو القيمة تفاوتاً يُعتدُّ به أو يندر وجود أمثال لها في التداول.

المادة ١٣٢:

١ - الأموال الاستهلاكية هي ما لا يمكن الانتفاع بها في خصائصها الأصلية بحسب طبيعتها إلاّ باستهلاكها.

٢ - الأموال الاستعمالية هي ما يمكن الانتفاع بها في خصائصها الأصلية بحسب طبيعتها مع بقاء عينها صالحة لتكرار الاستعمال.

المادة ١٣٣: كل مال ثابت في حيِّزه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير في هيئته فهو عقار، وكل ما عدا ذلك فهو منقول.

المادة ١٣٤: يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في عقار له رصداً على خدمته واستغلاله ويكون ثابتاً فيه.

المادة ١٣٥:

١ - يُعتبر أموالاً عامة جميع العقارات أو المنقولات التي للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة إذا كانت مخصَّصة لمنفعة عامةٍ فعلاً أو بمقتضى القانون.

٢ - لا يجوز في جميع الأحوال التصرف في هذه الأموال أو حجزها أو تملكها بالتقادم.

المادة ١٣٦: تفقد الأموال العامة صفتها هذه بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة وينتهي هذا التخصيص بمقتضى القانون، أو بالفعل، أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خُصِّصت تلك الأموال للمنفعة العامة.

الفرع الرابع

الحق

أولاً: تعريف الحق وأقسامه

المادة ١٣٧: الحق هو اختصاص يقرر به القانون للشخص سلطة أو تكليفاً ويكون مالياً أو غير مالي.

المادة ١٣٨: الحق المالي يكون عينياً أو شخصياً أو حق ابتكار.

المادة ١٣٩: الحق الشخصي مطلب يقرّه القانون لشخص على آخر في عمل أو امتناع عن عمل.

المادة ١٤٠ :

١ ـ الحق العيني سلطة مباشرة يقررها القانون لشخص على شيء معين بالذات.

٢ ـ يكون الحق العيني أصلياً أو تبعياً.

المادة ١٤١ :

١ ـ الحقوق العينية الأصلية هي: الملكية وحق الانتفاع وحق الاستعمال وحقوق الارتفاق والوقف وغيرها مما ينص عليه القانون الخاص في كل بلد.

٢ ـ الحقوق العينية التبعية هي التي تكون على مال معيَّن توثيقاً لدين وهي: حق الرهن وحقوق الامتياز وما يثبت بنص القانون في كل بلد.

المادة ١٤٢ :

١ ـ حقوق الابتكار هي اختصاص يقرره القانون للمؤلف وصاحب العمل الفني ومخترع الآلة أو العلامة الفارقة التجارية في استثمار إنتاجه المبتكَر.

٢ ـ يتبع في شأن حقوق الابتكار أحكام القوانين الخاصة.

ثانياً: التعسف في استعمال الحق

المادة ١٤٣ : لا يجوز التعسف في استعمال الحق أو إساءة استعماله.

المادة ١٤٤ : يُعتبر استعمال الحق تعسفياً في الحالات التالية:

أ ـ إذا تمحض استعماله لمضارة الغير أو الإضرار به.

ب ـ إذا كانت المنفعة من استعماله لا تتناسب البتة مع ما يسبِّبه للغير من ضرر.

جـ ـ إذا كان استعماله في غير ما شرع له أو لغاية غير مشروعة.

المادة ١٤٥ : في الحالات التي يُمنع فيها المتعسف من استعمال حقه لمصلحة غيره يجب له التعويض العادل إذا لحق به ضرر أو فاته نفع مشروع.

الباب الأول

مصادر الالتزام

الفصل الأول

العقد

المادة ١٤٦: العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه بينهما.

المادة ١٤٧:

١ ـ تسري على العقود المسماة منها وغير المسماة القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل.

٢ ـ أما القواعد التي ينفرد بها بعض العقود المسماة فتقررها النصوص الواردة في الفصول الخاصة بها في هذا القانون أو أي قانون آخر.

الفرع الأول

إنشاء العقد

المادة ١٤٨:

١ ـ ينشأ العقد بين طرفيه متى تحققت مقوّماته وتوافرت شرائطها العامّة.

٢ ـ مقومات العقد هي التراضي والعاقدان والمحل المعقود عليه وما يفرضه القانون في بعض العقود.

١ ـ التراضي

المادة ١٤٩: التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس وبالتعاطي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكّاً في دلالته على التراضي.

المادة ١٥٠:

١ ـ الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول.

٢ ـ ويكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي، كما يكونان بصيغة المضارع أو بصيغة الأمر إذا أريد بهما الحال.

المادة ١٥١ :

١ ـ يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً.

٢ ـ أما النشر والإعلان وبيان الأسعار المتعامل بها، وكل بيان آخر متعلّق بعرض أو بطلبات موجهة للجمهور، فلا يُعتبر إيجاباً، وإنما يعتبر دعوة إلى التفاوض إلاَّ إذا قامت دلائل تفيد قطعاً أن المراد به الإيجاب.

المادة ١٥٢ :

١ ـ سكوت من وُجِّه إليه الإيجاب يعتبر قَبولاً، إذا اقترن به ما يجعله دالاًّ على الرضا.

٢ ـ ويُعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل قائم بين المتعاقدَيْن بُني عليه الإيجاب، أو إذا تمحّض الإيجاب لمنفعة الموجَّه إليه.

المادة ١٥٣ :

١ ـ الإيجاب لا يلزم الموجب قبل صدور القبول الصحيح.

٢ ـ يبطل الإيجاب في الحالات التالية:

أ ـ إذا سحبه الموجب أو أوجب ثانية بما يخالف الأول قبل صدور القبول.

ب ـ إذا رفضه المخاطب به صراحة أو ضمناً. وأي تعديل يتضمنه القبول يعتبر رفضاً للإيجاب.

جـ ـ إذا مات الموجِب أو الطرف الآخر، أو فقد أحدهما أهليته قبل القبول الصحيح.

د ـ إذا انقطع مجلس العقد دون قبول صحيح.

هـ ـ إذا انقضت المدة التي حدّدها الموجب للقبول.

٣ ـ القبول بعد بطلان الإيجاب لا ينعقد به العقد، ولكنه يُعتبر إيجاباً جديداً.

المادة ١٥٤ :

١ ـ يشترط لانعقاد العقد أن يأتي القبول مطابقاً للإيجاب تمام المطابقة.

٢ ـ إذا اتفق الطرفان المتعاقدان على المسائل الجوهرية في العقد، وعلى إرجاء الاتفاق على المسائل الفرعية، فذلك كافٍ لاعتبار القبول مطابقاً للإيجاب. وإذا اختلفا بعد ذلك في تلك المسائل المرجأة، كلاً أو بعضاً، لا يؤثر اختلافهما في بقاء العقد، بل يعود إلى المحكمة أن تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة، ما لم يكونا قد ربطا انعقاد العقد بالاتفاق اللاحق على تلك المسائل.

المادة ١٥٥:

١ ـ إذا كان المتعاقدان في مكان واحد فزمان العقد هو وقت تمام القبول، ومكان العقد مكان العاقدين.

٢ ـ وإذا كانا في مكانين مختلفين وتعاقدا بالكتابة أو بواسطة رسول أو بالهاتف وما يماثله فزمان العقد هو وقت حصول القبول، أما مكانه فمكان القابل ما لم ينص على خلاف ذلك.

المادة ١٥٦: لا يتم العقد في المزايدات إلاّ برسوّ المزايدة ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه أو بإقفال المزايدة دون أن ترسو على أحد، ذلك مع عدم الإخلال بأحكام القوانين الأخرى.

المادة ١٥٧:

١ ـ عقد الوعد الذي يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أو كلاهما بإبرام عقد معين في المستقبل يكون ملزماً إذا حُدّدت المسائل الجوهرية للعقد الموعود به وحُدّدت مدة لإبرامه.

٢ ـ إذا كان القانون يتطلب بعض شرائط شكلية في العقد الموعود به يجب عندئذٍ توافرها أيضاً في عقد الوعد.

٣ ـ يتم تنفيذ التعهد بإبرام العقد الموعود به وفقاً للوعد السابق وللقواعد العامة في إنشاء العقود، وإذا امتنع المتعهد من إبرامه أُجبر عليه قضاءً ويقوم حكم المحكمة مقام هذا العقد.

المادة ١٥٨: دفع العربون المتفق عليه في العقد يفيد أن دافعه مخيَّر بين البقاء على عقده والعدول عنه. فإذا لم يعدل كان العربون جزءاً مقدَّماً من

العوض الذي التزم به في العقد وإن عدل أصبح العربون حقاً لقابضه مقابل العدول، ما لم يُنصّ على خلاف ذلك.

٢ ـ النيابة في التعاقد

المادة ١٥٩:

١ ـ يجوز التعاقد بالأصالة أو بالنيابة، ما لم يقضِ القانون بغير ذلك.

٢ ـ تكون النيابة في التعاقد اتفاقية أو قضائية أو قانونية.

المادة ١٦٠:

١ ـ يشترط في التعاقد بالنيابة عدم تجاوز النائب حدود نيابته.

٢ ـ النيابة الاتفاقية يعيّن حدودها عقد التوكيل، والنيابة القانونية أو القضائية يعيّن حدودها القانون.

المادة ١٦١:

١ ـ في التعاقد بالنيابة يكون شخص النائب لا الأصيل هو المعتبر في عيوب الإرادة، وكذا في أثر العلم بالأمور التي يَختلف فيها حكم العقد بين علم العاقد بها أو جهله.

٢ ـ إذا وضع الأصيل لوكيله تعليمات مفصّلة لإجراء العقد الموكّل به، فليس للموكّل أن يتمسك بجهل نائبه للأمور التي يؤثّر العلم أو الجهل بها في مصير العقد ما دام الأصيل يعلمها.

المادة ١٦٢:

١ ـ العقد بالنيابة يثبت حكمه الأصلي والالتزامات الناشئة عنه، سواء أضاف النائب العقد إلى نفسه أو صرّح بنيابته فيه.

٢ ـ أما حقوق العقد، وهي المطالبة بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، فتتعلق أيضاً إذا صرّح النائب بنيابته في العقد، أما إذا أضاف النائب العقد إلى نفسه فتتعلق هذه الحقوق به وحده، ما لم يكن المتعاقد معه يعلم بنيابته وقت التعاقد، فحينئذٍ تثبت هذه الحقوق للأصيل، وللنائب معاً.

المادة ١٦٣: إذا تعاقد النائب بعد انقضاء نيابته، وكان هو والمتعاقد معه يجهلان معاً انقضاء النيابة وقت التعاقد، فإن العقد ينصرف إلى الأصيل.

المادة ١٦٤: لا يجوز للنائب أن يتعاقد مع نفسه بمقتضى نيابته لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل في حالة عدم الترخيص أن يجيز التعاقد، وذلك مع مراعاة ما يخالفه من أحكام القانون أو العرف التجاري.

أولاً: شروط العاقد

أ ـ أهلية التعاقد

المادة ١٦٥: الصغير غير المميز عديم أهلية الأداء؛ فتصرفاته القولية باطلة.

المادة ١٦٦: كل شخص مميز أهل للتصرفات القولية في الحدود التي يقرّرها القانون ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله عديم الأهلية أو ناقصها بحكم القانون.

المادة ١٦٧: تصرفات الصغير المميز إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً فهي صحيحة نافذة، وإذا كانت ضارةً ضرراً محضاً فهي باطلة، وإذا كانت مترددة بين النفع والضرر فهي صحيحة موقوفة على إجازة وليّه أو وصيّه الشرعي أو إجازة الصغير بعد الرشد.

المادة ١٦٨:

١ ـ المميز الذي لم يبلغ الرشد يجوز لوليه أو وصيه الشرعي أن يسلّمه مقداراً من ماله ويأذن له بالتجارة تجربةً له وتدريباً ويكون الإذن مطلقاً أو مقيداً.

٢ ـ لا يبطل الإذن للمميز بوفاة الآذن أو عزله.

المادة ١٦٩: المميز المأذون بمنزلة الرشيد في التصرفات المأذون له بها.

المادة ١٧٠: للولي أو الوصي الشرعي أن يلغي إذنه للمميز فيعود محجوراً عليه كما كان، ويجب أن يُلغى الإذن بالطريقة التي تم بها.

المادة ١٧١:

١ ـ للمحكمة أن تأذن للمميز عند امتناع وليه أو وصيه الشرعي عن الإذن، وليس لهما أن يحجرا عليه بعد ذلك.

٢ ـ للمحكمة بعد الإذن أن تعيد الحجر على المميز.

المادة ١٧٢: الولاية على الصغير في ماله تكون لأبيه ثم لوصي أبيه، ثم جده لأبيه ثم للمحكمة.

المادة ١٧٣ :

١ ـ الأب المستور الحال وكذا الجد، إذا تصرّفا في مال الصغير إدارة أو استثماراً بمثل القيمة أو بغبن يسير كان تصرفهما صحيحاً نافذاً.

٢ ـ أما إذا عُرفا بسوء التصرف فللمحكمة أن تقيِّد ولايتهما أو تسلبها منهما.

المادة ١٧٤ : عقود الإدارة الصادرة من الوصي في مال الصغير تكون صحيحة نافذة ولو كانت بغبن يسير، ويُعتبر من الإدارة الإيجار الذي لا تزيد مدته عن ثلاث سنوات، وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق وأيضاً الديون وبيع المحصولات الزراعية وبيع المنقول الذي يُسرع إليه التلف والنفقة على الصغير.

المادة ١٧٥ : التصرفات الصادرة من الوصي في مال الصغير التي لا تدخل في أعمال الإدارة كالبيع والرهن والقرض والصلح وقسمة المال الشائع واستثمار النقود لا تصحّ إلاّ بإذن من المحكمة وبالطريقة التي تحددها.

المادة ١٧٦ :

١ ـ الصغير ولو مميزاً محجور عليه لذاته دون حاجة إلى حجر من المحكمة.

٢ ـ المعتوه والمجنون محجوران لذاتهما أيضاً لكن لا يثبت العته ولا الجنون إلاّ بحكم من المحكمة.

٣ ـ تصرفات المعتوه والمجنون قبل الحكم كتصرفاتهما بعده إذا كان الجنون والعته شائعاً وقت التصرف أو كان الطرف الآخر على علم به.

المادة ١٧٧ :

١ ـ المعتوه في حكم الصغير المميز.

٢ ـ المجنون المطبق في حكم الصغير غير المميز. أما غير المطبق فتصرفاته في حال إفاقته كتصرف العاقل إذا كانت إفاقته تامّة ومعلومة.

المادة ١٧٨ : السفيه وذو الغفلة تحجر عليهما المحكمة وترفع الحجر عنهما ويبلغ حكم الحجر للمحجور عليه ويعلن للناس مع بيان سببه.

المادة ١٧٩:
١ ـ تصرفات السفيه وذي الغفلة بعد الحجر عليهما كتصرفات الصغير المميز ما لم ينص القانون على خلافه، أما تصرفاتهما قبل الحجر فصحيحة نافذة إلاّ إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ.
٢ ـ وصي السفيه من تعيّنه المحكمة وصياً عليه وليس لأبيه أو جده ولاية عليه.

المادة ١٨٠: يرجع في الإجراءات التي تُتَّبع في الحجر وإدارة أموال المحجور عليهم واستثمارها والتصرف فيها وغير ذلك من المسائل المتعلقة بالولاية والوصاية والقوامة إلى القوانين والأنظمة الخاصة.

المادة ١٨١: التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقُوام تكون صحيحة في الحدود التي يرسمها القانون.

المادة ١٨٢: إذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية أَوْهم بها المتعاقد معه أنه كامل الأهلية لزمه التعويض عن الضرر الذي يصيب المتعاقد معه من عدم إجازة العقد.

ب ـ عيوب الرضا

١ ـ الغلط

المادة ١٨٣: غلط العاقد فيما يهمه من أمور العقد كشخص العاقد أو صفته أو صفة المحل إذا كان لذلك اعتبار أساسي لديه، وكذا غلطه في الحكم القانوني يعيب إرادته ويسلب العقد لزومه فيكون للغالط الحق في طلب فسخه.

المادة ١٨٤: لا يعتبر الغلط إلاّ إذا دلّت عليه صيغة العقد أو دلّت عليه القرائن وظروف الحال أو طبيعة الأشياء أو العرف.

المادة ١٨٥: يسقط حق الغالط في طلب الفسخ إذا أظهر العاقد الآخر استعداده لتنفيذ العقد بالصورة التي كان يتوهمها الغالط.

المادة ١٨٦: الغلط في ماهية العقد أو في ذات المعقود عليه أو في نقل الإرادة العقدية يعدم الرضا ويبطل به العقد.

المادة ١٨٧: لا يؤثر في العقد مجرد الغلط المادي في الحساب أو الكتابة ونحوهما وإنما يجب تصحيح الغلط.

٢ ـ التغرير والغبن

المادة ١٨٨: التغرير هو أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على إبرام عقد لم يكن ليبرمه لولاها.

المادة ١٨٩: يُعتبر تغريراً تعمد السكوت لإخفاء أمر إذا ثبت أن المغرور ما كان ليبرم العقد لو علم به.

المادة ١٩٠:

١ ـ الغبن هو عدم تعادل الحقوق التي يكتسبها العاقد بالعقد مع الالتزامات التي يحمله إياها.

٢ ـ الغبن إما يسير أو فاحش. فاليسير هو ما يدخل تحت تقويم المقومين والفاحش ما لا يدخل تحته.

المادة ١٩١:

١ ـ إذا كان الغرض من التغرير غبن العاقد الآخر في السعر فلا يعيب الرضا إلاّ إذا صحبه غبن فاحش.

٢ ـ أما إذا كان الغرض من التغرير تغليط العاقد الآخر في أمر أساسي مقصود له في العقد لولاه لم يرضَ به فإنه يعيب الرضا ولو لم يصحبه غبن في السعر.

٣ ـ التغرير المستوفي شرائطه يسلب العقد لزومه ويجعل للمغرور الحق في طلب فسخه.

المادة ١٩٢: إذا كان التغرير صادراً من غير العاقد الآخر وأثبت المغرور أن العاقد الآخر كان يعلم بالتغرير وقت العقد جاز للمغرور فسخه.

المادة ١٩٣: لا يُفسخ العقد بالغبن الفاحش المجرّد بلا تغرير إلاّ في مال المحجور ومال الوقف وأموال الدولة.

المادة ١٩٤:

١ ـ يسقط حق المغرور في الفسخ والتعويض إذا استهلك المعقود عليه كله أو بعضه بعد العلم بالغبن أو إذا تصرف فيه كلاًّ أو بعضاً تصرفاً يفيد الرضا.

٢ ـ يمتنع الفسخ إذا هلك محل العقد أو تعيّب أو حصل فيه زيادة مانعة من الرد ولم يكن سبق من المغرور ما يفيد رضاه بالغبن. وفي هذه الأحوال يحق له الرجوع على من غرّه بفرق الغبن.

٣ ـ ينتقل حق الفسخ أو الرجوع بفرق الغبن إلى وارث المغرور بعد موته.

٣ ـ الإكراه

المادة ١٩٥: الإكراه هو إجبار شخص بلا حق بوسيلة مادية أو معنوية تُخيفه فتحمله على التعاقد.

المادة ١٩٦: يتحقق الإكراه للشخص إذا كان الأذى أو التهديد به مسلّطاً على أحد فروعه أو أصوله أو زوجه أو قريبه أو من يهمه أمره.

المادة ١٩٧: يختلف تحقق الإكراه باختلاف الأشخاص وسنّهم وضعفهم ومناصبهم ودرجة تأثّرهم وتألّمهم من الإكراه شدّةً وضعفاً بحسب الظروف المحيطة بهم.

المادة ١٩٨: الإكراه يسلب العقد لزومه بالنسبة للمستكره فله طلب إبطاله بعد زوال الإكراه.

ثانياً: المحل

المادة ١٩٩:

١ ـ يجب أن يكون لكل عقد محل يُضاف إليه.

٢ ـ يجوز أن يكون محل العقد عيناً أو منفعةً أو حقاً مالياً أو عملاً أو امتناعاً عن عمل.

٣ ـ إذا كان محل العقد مالاً يُشترط أن يكون متقوّماً.

المادة ٢٠٠: يُشترط في محل العقد:

١ ـ أن يكون قابلاً لثبوت حكم ذلك العقد فيه.

٢ ـ أن لا يكون التعامل فيه ممنوعاً بحكم القانون، أو مخالفاً للنظام العام، أو للآداب العامة.

المادة ٢٠١: يُشترط في محل العقد أن يكون ممكناً في ذاته ومقدورَ التسليم.

المادة ٢٠٢:

١ ـ يجوز أن يكون محلاً للمعاوضات المالية الشيء المستقبل إذا انتفى منه الغرر.

٢ ـ غير أنه لا يجوز التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان ذلك برضاه إلاّ في الأحوال التي ينص عليها القانون.

المادة ٢٠٣: يُشترط في عقود المعاوضات المالية أن يكون المحل معلوماً علماً نافياً للجهالة الفاحشة.

المادة ٢٠٤: لا ينعقد العقد إذا كان الباعث الدافع إليه غير مشروع صرّح به في العقد أو كان واضحاً من القرائن.

المادة ٢٠٥: لا ينعقد العقد إذا لم يفد أثراً جديداً لم يكن قائماً قبل التعاقد.

ثالثاً: العقد الصحيح والباطل والفاسد

أ ـ العقد الصحيح

المادة ٢٠٦:

١ ـ العقد الصحيح هو العقد المشروع بأصله ووصفه، وذلك بأن يكون صادراً من أهله مضافاً إلى محلٍ قابلٍ لحكمه مستوفياً شرائطَ صحته المقررة في القانون.

٢ ـ العقد الصحيح تترتب عليه آثاره فور انعقاده ما لم يكن موقوفاً أو معلّقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل.

ب ـ العقد الباطل

المادة ٢٠٧:

١ ـ العقد الباطل هو ما ليس مشروعاً بأصله ولا بوصفه لعدم توافر شرائط انعقاده.

٢ ـ العقد الباطل لا يترتب عليه أثره أصلاً ولا ترِد عليه الإجازة.

٣ ـ لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

٤ ـ لا يتقادم البطلان ولا الدفع به أما الدعوى بالبطلان فتتقادم بمضيّ خمس عشرة سنة.

المادة ٢٠٨: إذا كان العقد في جانب منه باطلاً بطل العقد كله إلاّ إذا كانت حصة كل جانب من العوض معيّنة، فإنه يبطل في الجانب الباطل ويبقى صحيحاً في الباقي ويثبت الخيار لمن تفرقت عليه الصفقة.

المادة ٢٠٩: العقد الباطل في صورته إذا توافرت فيه أركان عقد آخر فإنه ينعقد به ذلك العقد الآخر إذا تبين أن نية العاقدين كانت تنصرف إليه.

جـ ـ العقد الفاسد

المادة ٢١٠:

١ ـ العقد الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه، بأن يكون صحيحاً بالنظر إلى أصله، فاسداً بالنظر إلى بعض أوصافه كاشتماله على جهالة فاحشة في محله أو اقترانه بشرط مفسد له.

٢ ـ إذا كان سبب فساد العقد قابلاً للزوال وزال قبل الفسخ انقلب العقد صحيحاً.

٣ ـ العقد الفاسد لا يفيد الأثر إلاّ بتنفيذه رضاءً وفي الحدود التي يقررها القانون.

٤ ـ ولكل من عاقديه أو ورثته ـ بعد إعذار العاقد الآخر ـ وللمحكمة أيضاً فسخه من تلقاء نفسها ما لم يوجد مانع من الفسخ.

رابعاً: العقد الموقوف والعقد غير اللازم

أ ـ العقد الموقوف

المادة ٢١١: يكون العقد موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفاً دائراً بين النفع والضرر، أو إذا نصّ القانون على ذلك، وكان في جميع الحالات يوجد من يملك إجازته وقت إنشائه.

المادة ٢١٢: تكون إجازة العقد في حالات التوقّف المبيَّنة في المادة السابقة: في حالة الفضولي للمالك، وفي حالة تعلّق حق الغير لصاحب الحق، وفي حالة عقد القاصر لممثّله الشرعي أو للقاصر نفسه بعد اكتمال أهليته وفي حالة نصّ القانون لمن يخوّله ذلك.

المادة ٢١٣:

١ ـ تكون الإجازة بكل ما يفيد الرضا صراحةً أو ضمناً.

٢ ـ يُعتبر السكوت إجازة إن دلّ على الرضا عرفاً.

المادة ٢١٤: إذا أُجيز العقد الموقوف نفذ مستنداً إلى وقت صدوره واعتبرت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، وإذا ردّ العقد بطل.

المادة ٢١٥: إذا كان العقد في بعض محله نافذاً وفي البعض الآخر موقوفاً يصبح نافذاً كله بالإجازة ممن يملكها، ويبطل في البعض الموقوف فقط إذا لم يجزه، ويثبت الخيار لمن تفرقت عليه الصفقة.

ب ـ العقد غير اللازم

المادة ٢١٦: العقد غير اللازم هو العقد النافذ الذي يحق لأحد عاقديه أو لكل منهما أن يرده. ويكون ذلك:

١ ـ في العقود التي يقتضي موضوعها عدم لزومها كالرهن بالنسبة للمرتهن، وكالإيداع أو الإعارة بالنسبة لكل من العاقدين.

٢ ـ في العقود اللازمة بمقتضى طبيعتها إذا كان فيها خيار بحكم الشرع كخيار العيب وخيار الرؤية في عقود المعاوضة، أو باشتراط العاقد كخيار الشرط فيها.

خامساً: الخيارات

أ ـ خيار الشرط

المادة ٢١٧: يجوز لكل واحد من المتعاقدين في العقود المالية الملزمة أن يشترط في العقد أو بعده الخيار لنفسه أو لغيره لمدة يحدِّدانها. فإن سكتا عن تحديدها جاز للمحكمة تحديدها بحسب العرف أو ظروف العقد.

المادة ٢١٨: إذا شرط الخيار لكل من العاقدين في عقود المعاوضات المالية فلا يخرج البدلان عن ملكهما، فإن جعل لأحدهما فلا يخرج ماله عن ملكه ولا يدخل مال الآخر في ملكه.

المادة ٢١٩:

١ ـ لصاحب خيار الشرط الحق في ردّ العقد أو إمضائه.

٢ ـ فإن اختار الإمضاء لزم العقد مستنداً إلى وقت نشوئه.

٣ ـ وإن اختار الرد اعتبر العقد كأن لم يكن.

المادة ٢٢٠: إذا كان الخيار مشروطاً لكل من العاقدين فإن اختار أحدهما الرد اعتبر العقد كأن لم يكن ولو أمضاه الآخر، وإن اختار الإمضاء بقي للآخر خياره.

المادة ٢٢١:

١ ـ يكون رد العقد أو إمضاؤه بكل قول أو فعل يدل على ذلك صراحةً أو ضمناً.

٢ ـ إذا مضت مدة الخيار دون ردّ أو إمضاء لزم العقد.

المادة ٢٢٢: يُشترط لصحة رد العقد صدوره في مدة الخيار، وعِلْم الطرف الآخر به، ولا يُشترط فيه التقاضي. أما إمضاء العقد فلا يُشترط علم الطرف الآخر به.

المادة ٢٢٣: خيار الشرط يُورث.

ب ـ خيار الرؤية

المادة ٢٢٤:

١ ـ يثبت خيار الرؤية في عقود المعاوضات المالية للمتملك، ولو لم يشترطه إذا لم ير المعقود عليه المعيَّن بالذات.

٢ ـ لا يثبت خيار الرؤية، إذا كان المعقود عليه موصوفاً في العقد بالأوصاف التي هي محل اعتبار في مثله عرفاً ومطابقاً لها.

المادة ٢٢٥: خيار الرؤية لا يمنع نفاذ العقد، وإنما يمنع لزومه بالنسبة لمن له الخيار.

المادة ٢٢٦:

١ ـ لا يسقط خيار الرؤية بالإسقاط قبل الرؤية.

٢ ـ يسقط خيار الرؤية في الحالات التالية:

أ ـ بعد الرؤية، إذا قَبِل مَنْ له الخيار بالمعقود عليه صراحةً أو دلالة.

ب ـ قبل الرؤية، وبعدها، إذا هلك لديه المعقود عليه كله أو بعضه، أو تعيّب عنده، أو إذا تصرّف فيه تصرفاً يوجب حقاً للغير.

جـ ـ بعد الرؤية، أو بعد التمكن منها، ولو لم يره فعلاً إذا لم يصرح من له الخيار برغبته في الفسخ خلال مدة معقولة لا تتجاوز ثلاثين يوماً.

المادة ٢٢٧: يتمّ الفسخ في خيار الرؤية بكل ما يدل عليه صراحةً أو ضمناً بشرط علم العاقد الآخر.

المادة ٢٢٨: ينتقل خيار الرؤية إلى الوارث.

جـ ـ خيار التعيين

المادة ٢٢٩: يجوز أن يكون محل العقد واحداً من عدة أشياء إذا شرط لأحد العاقدين الخيار في تعيينه، وبين بدل كل منها.

المادة ٢٣٠:

١ ـ إذا لم يحدد المتعاقدان مدة للاختيار صح العقد، ويعود إلى المحكمة تحديد مدة مناسبة.

٢ ـ إذا انقضت المدة المحددة دون أن يختار من له الاختيار بعد إعذاره، ينتقل الاختيار إلى العاقد الآخر.

المادة ٢٣١: خيار التعيين، إذا لم يشترط معه خيار الشرط صراحة، يكون معه العقد لازماً في واحدٍ غيرِ معيَّنٍ من الأشياء المخيَّر بينها.

المادة ٢٣٢: يستند حكم العقد في الشيء الذي يقع عليه الاختيار إلى وقت نشوء العقد.

المادة ٢٣٣:

١ ـ إذا كان الخيار للملتزم له في أحد شيئين ـ كالمشتري ـ فهلك أحدهما في يده تعيّن حقه في الهالك ويكون الآخر أمانة في يده واجب الرد.

فإن هلكا جميعاً على التعاقب تعيّن حقه في الأسبق هلاكاً، ويهلك الثاني على حكم الأمانة. وإن هلكا جميعاً في وقت واحد لزمه نصف ثمن كل واحد منهما.

٢ ـ إذا كان الخيار للملتزم بالتسليم ـ كالبائع ـ فهلك أحد الشيئين في يده تعين الباقي للوفاء، وإن هلكا جميعاً انفسخ العقد.

المادة ٢٣٤: ينتقل خيار التعيين إلى الوارث.

د ـ خيار العيب

المادة ٢٣٥: تعتبر عقود المعاوضات قائمة على أساس سلامة المحل من العيوب، ولو لم يُشترط ذلك صراحة في العقد فإذا وَجد العاقد في المحل عيباً فله الخيار.

المادة ٢٣٦: يُشترط لثبوت الخيار بسبب العيب، أن يكون قديماً قبل التسليم، ومؤثراً في قيمة المعقود عليه، وأن يجهله المتملك وقت العقد، وأن لا يكون المملك قد اشترط البراءة من العيوب التي لا يعلمها.

المادة ٢٣٧:

١ ـ إذا توافرت الشروط المبيَّنة في المادة السابقة كان العقد غير لازم بالنسبة لصاحب الخيار، وكان له حينئذٍ إمَّا فسخ العقد ورد المعقود عليه، وإمَّا إمساكه والرجوع بنقصان الثمن.

٢ ـ يتم فسخ العقد بكل ما يدل عليه بشرط علم العاقد الآخر.

المادة ٢٣٨: يسقط خيار العيب في الحالات التالية:

١ ـ بالإسقاط أو بالرضا بالعيب صراحةً أو دلالةً بعد العلم به.

٢ ـ بالتصرف في المعقود عليه، تصرفاً يخرجه عن ملك صاحب الخيار ولو قبل العلم بالعيب.

٣ ـ بالزيادة في المعقود عليه زيادةً منفصلة غير متولّدة منه سواءً قبل القبض أو بعده.

٤ ـ بالزيادة في المعقود عليه زيادةً منفصلة متولّدة منه بعد القبض.

٥ ـ بهلاك المعقود عليه أو نقصانه قبل القبض بفعل المتملك.

٦ ـ بهلاك المعقود عليه أو نقصانه بعد القبض أو بغير فعل المملك.

أمَّا إذا كان الهلاك بفعل المملك فيكون للمتملك الخيار بين طريقين:

أ ـ بين فسخ العقد لأجل العيب، واسترداد الثمن الأصلي، واعتبار المملِّك مسترداً للمعقود عليه المعيب بسبب إتلافه إياه.

ب ـ وبين التمسّك بالعقد، والرجوع على المملِّك بنسبة نقصان العيب من الثمن الأصلي.

المادة ٢٣٩: ينتقل خيار العيب إلى الوارث.

الفرع الثاني

آثار العقد

١ ـ بالنسبة للمتعاقدين

المادة ٢٤٠:

١ ـ العقد الصحيح النافذ المنجز يثبت حكمه الأصلي ويتحقق فور

انعقاده بحكم القانون دون توقف على القبض أو غيره، ما لم ينص القانون على خلافه.

٢ ـ أما الحقوق التي يُنشئها العقد فتثبت فور انعقاده أيضاً، ويجب على كل من الطرفين تنفيذ ما أوجبه العقد عليه منها.

المادة ٢٤١:

١ ـ يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وبطريقةٍ تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

٢ ـ ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف.

المادة ٢٤٢: العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ما دام المتعاقد الآخر ممتنعاً عن تنفيذ التزامه المقابل.

المادة ٢٤٣: إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمّن شروطاً تعسّفية جاز للمحكمة أن تعدّل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

المادة ٢٤٤: إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد وترتّب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهِقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

٢ ـ أثر العقد بالنسبة إلى الغير

المادة ٢٤٥:

١ ـ ينصرف أثر العقد حقاً كان أو التزاماً إلى عاقديه.

٢ ـ تنتقل الحقوق التي اكتسبها العاقد إلى وارثه أو الموصى له بكل التركة أو بجزء غير معيَّن منها وفقاً لأحكام الوصية، أمّا التزاماته في العقد فتحملها تركته لا وارثه.

٣ ـ إذا تعلق العقد بشيء وأنشأ حقاً ينفع ذلك الشيء، أو التزاماً يقيّده،

فإن هذا الحق أو الالتزام ينتقل مع الشيء إذا خرج بعد ذلك من ملك العاقد إلى غيره سواءً خرج بعقد أم بإرث أم بوصية.

المادة ٢٤٦: لا يرتب العقد شيئاً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً.

المادة ٢٤٧:

١ ـ إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بإبرام عقد فإن ذلك الغير لا يلزم به.

٢ ـ فإذا قبل الغير ذلك التعهد اعتُبر التعهد السابق إيجاباً وتم بقبوله العقد المتعهد به مقتصراً أثره على تاريخ هذا القبول ما لم يتبين صراحة أو ضمناً قصده إلى استناد أثر قبوله لوقت التعهد.

٣ ـ وإذا رفض الغير ذلك التعهد وجب على المتعهد تعويض المتعهَّد له. ويجوز للمتعهد أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به إن كان ذلك ممكناً.

المادة ٢٤٨:

١ ـ يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على حقوق يشترطها لمصلحة غيره.

٢ ـ ويترتب على هذا الاشتراط أن يكتسب الغير حقاً مباشراً تجاه المتعهد يستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك. وللمتعهد أن يتمسك تجاه المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد.

٣ ـ ويجوز أيضاً للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع.

المادة ٢٤٩:

١ ـ يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض الاشتراط، أو أن يحل منتفعاً آخر محلَّ الأول أو أن يحوّل المنفعة لنفسه، ما لم يُعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط قبوله لما اشترط له، أو ينص العقد على خلافه، أو يكن ذلك مضرّاً بمصلحة المتعهد أو بحق الغير.

٢ ـ ولا يترتب على نقض الاشتراط أن تبرأ ذمة المتعهد تجاه المشترط إلاَّ إذا اتفق صراحة أو ضمناً على براءته.

المادة ٢٥٠: يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقلاً أو جهة مستقلة، كما يجوز أن يكون شخصاً أو جهة غير معيَّنين وقت العقد إذا كان تعيينهما مستطاعاً حين ينتج العقد أثره طبقاً للاشتراط.

٣ ـ تفسير العقود

المادة ٢٥١:

١ ـ إذا كانت عبارة العقد واضحة، لا يعدل عن مدلولها بحجة تفسيرها بحثاً عن إرادة المتعاقدين.

٢ ـ أما إذا كان في عبارة العقد غموض فيجب تفسيرها بالبحث عن الإرادة المشتركة للعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، ويُستهدىٰ في ذلك بالعرف الجاري وبطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يسود من أمانة وثقة بين المتعاقدين.

٣ ـ يفسّر الشك بالمعنى الأقل إلزاماً للملتزم، وفي عقود الإذعان يفسّر لمصلحة الطرف المذعن.

الفرع الثالث
انحلال العقد

المادة ٢٥٢: إذا كان العقد صحيحاً نافذاً لازماً لا يجوز لأحد العاقدين تعديله ولا فسخه إلاّ بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضىٰ نص القانون.

١ ـ الإقالة

المادة ٢٥٣: للعاقدين أن يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده.

المادة ٢٥٤: الإقالة في حق العاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد.

المادة ٢٥٥:

١ ـ تخضع الإقالة لشرائط العقد العامة.

٢ ـ يشترط لصحة الإقالة إمكان عودة العاقدين إلى حالهما قبل التعاقد، وتجوز الإقالة في بعض المعقود عليه بحصته من العوض.

٢ ـ الفسخ للإخلال بالوفاء

المادة ٢٥٦:

١ ـ في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يفِ أحد العاقدين بما أوجبه عليه العقد، جاز للعاقد الآخر ـ بعد إعذاره ـ أن يطلب من المحكمة فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتضٍ.

٢ ـ ويجوز للمحكمة أن تُنْظِر العاقد المتخلف إلى أجل مسمىٰ، كما لها

أن ترفض الفسخ إذا كان الجزء الذي لم يفِ به قليل الأهمية بالنسبة إلى مجمل الالتزام.

المادة ٢٥٧: يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد منفسخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه. وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعذار إلاّ إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه.

المادة ٢٥٨: في العقود الملزمة للجانبين إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بسبب لا يدَ للمدين فيه، انقضىٰ التزامه هذا، والالتزام المقابل له، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه.

المادة ٢٥٩: إذا كانت الاستحالة جزئية انقضىٰ الجزء المستحيل وما يقابله فقط. ويجوز للدائن فسخ العقد بشرط إعلام المدين. وكذلك الحكم في الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة.

٣ ـ آثار انحلال العقد

المادة ٢٦٠: إذا انفسخ العقد أو فُسخ عاد المتعاقدان إلى حالهما قبل التعاقد، فإذا استحال ذلك يُقضى بالتعويض.

الفصل الثاني
الإرادة المنفردة

المادة ٢٦١: يجوز أن يلتزم الشخص بإرادته المنفردة دون توقف على قبول الالتزام من المستفيد في كل موضوع يقرر فيه القانون ذلك.

المادة ٢٦٢: يسري على الإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام سوى الحاجة إلى القبول.

المادة ٢٦٣:

١ ـ من وَعد بجُعْلٍ معلوم على عمل معيَّن يستحق الجعل من يقوم بذلك العمل ولو قام به دون علم بالوعد.

٢ ـ إذا لم يحدد الواعد أجلاً للقيام بالعمل يجوز الرجوع في وعده إذا أعلنه بالطريق الذي وجّه به الوعد، وليس لرجوعه تأثير في حق من قام بالعمل المطلوب قبل إعلان الرجوع.

٣ ـ لا تُسمع دعوى المطالبة بالجُعْل إذا لم تُرفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان الرجوع أو انتهاء الأجل.

الفصل الثالث
الفعل الضارّ

الفرع الأول
مسؤولية الشخص عن فعل نفسه

المادة ٢٦٤: كل من أضر بغيره متعدياً إضراراً مباشراً أو بالتسبب. ولو غير متعمد، ولا مميز، مسؤول تجاه المضرور، بالتعويض مع مراعاة المواد التالية في هذا الفصل.

المادة ٢٦٥:

١ ـ إذا اجتمع المباشر والمتسبب فالمسؤول هو المباشر ما لم يكن المتسبب أولىٰ بالمسؤولية منه.

٢ ـ ويكون المتسبب أولىٰ بالمسؤولية إذا كانت المباشرة مبنية على التسبب، أو كان المتسبب غارّاً للمباشر أو مكرهاً له، أو توافر لديه سوء القصد دون المباشر، أو تعذّر تضمين المباشر، أو كان التسبب هو الأشدّ تأثيراً.

المادة ٢٦٦: لا يكون مسؤولاً من وقع الضرر منه مباشرةً أو تسبباً بفعل قوة قاهرة تجعله مجرد أداة لا تتحرك بالإرادة.

المادة ٢٦٧: تنتفي مسؤولية محدث الضرر في الأحوال الآتية:

١ ـ إذا كان في حالة دفاع مشروع عن نفسه أو عرضه أو ماله، أو عن نفس غيره أو ماله، واستلزم دفاعه ضرراً بالمعتدي المهاجم لا بدّ منه في سبيل هذا الدفاع، فإذا تجاوز القدر الضروري يضمن بقدر ما جاوز.

٢ ـ إذا وقع الضرر نتيجةً لفعلٍ أَمر به ولي الأمر فيما تُرك لتقديره شرعاً.

المادة ٢٦٨:

١ ـ يُضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبَراً، والإجبار المعتبر في التصرفات الفعلية هو الإكراه الملجئ وحده.
أما الضمان المالي في الجناية على النفس فما دونها فيشترك فيه المكرِه والمستكرَه ويكونان متكافلين فيه.

٢ ـ ومع ذلك لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذي أضرّ بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمرٍ صدر إليه من رئيسه متى كانت إطاعة الأمر واجبةً عليه، أو كان يعتقد أنها واجبة، وأقام الدليل على اعتقاده بمشروعية الفعل الذي وقع منه، وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة وأنه راعىٰ في عمله جانب الحيطة والحذر.

المادة ٢٦٩:

١ ـ إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كان كل منهم مسؤولاً بنسبة نصيبه فيه، دون تضامن بينهم إلاّ لموجب يعود تقديره إلى المحكمة.

٢ ـ إذا كان المتضرر قد اشترك بفعله في إحداث الضرر أو زاد فيه، سقط حقه أو بعض حقه في التعويض وذلك بنسبة اشتراكه في إضرار نفسه.

المادة ٢٧٠: يقدر التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار.

المادة ٢٧١:

١ ـ يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك، فكل تعدٍّ على الغير في حريته أو في عرضه أو شرفه أو سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المعتدي مسؤولاً عن التعويض.

٢ ـ ويجوز أن يُقضىٰ بالتعويض للأزواج والأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب.

٣ ـ ولا ينتقل التعويض عن الضرر الأدبي إلى الغير إلاّ إذا تحددت قيمته بمقتضىٰ اتفاق أو حكم قضائي.

المادة ٢٧٢: إذا لم يتيسر للمحكمة أن تعين مدى التعويض تعييناً نهائياً فلها أن تحتفظ للمتضرر بالحق في أن يطالب خلال مدة معيَّنة بإعادة النظر في التقدير.

المادة ٢٧٣:

١ ـ يصح أن يكون التعويض مقسَّطاً كما يصح أن يكون مبلغاً من النقود مرتباً دورياً. ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً تقدره المحكمة.

٢ ـ مع مراعاة ما سيأتي في المادة (٢٧٨) يقدَّر التعويض بالنقد على أنه يجوز للمحكمة، تبعاً للظروف، وبناءً على طلب المضرور، أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن تحكم بأمرٍ معيَّن متصل بالفعل الضارّ.

المادة ٢٧٤: يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتّبة على الفعل الضارّ.

المادة ٢٧٥: لا تخلّ المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية متى توافرت شرائطها ولا تأثير للعقوبة الجزائية في تحديد نطاق المسؤولية المدنية وتقدير التعويض.

المادة ٢٧٦:

١ ـ لا تُسمع دعوى التعويض الناشئة عن الفعل الضارّ بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالمسؤول عنه.

٢ ـ على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة، وكانت الدعوى الجزائية ما تزال قائمة بعد انقضاء المدة المذكورة في الفقرة السابقة فإن دعوى التعويض لا يمتنع سماعها إلاَّ بامتناع سماع الدعوى الجزائية.

٣ ـ ولا تسمع دعوى التعويض في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضارّ.

١ ـ ما يقع على النفس

المادة ٢٧٧:

١ ـ إن الجنايات على النفس وما دونها تطبَّق عليها الأحكام العامة للفعل الضارّ، كأحكام المباشرة والتسبّب وتعدّد المسؤولين.

٢ ـ أما الضمان المالي فتطبّق فيه أحكام الديات والأروش وحكومة العدل كما هو مقرر في الفقه الإسلامي، مضافاً إليها نفقات العلاج الضروري وما فاته من كسب، ويعود إلى المحكمة تقدير ما يجب أن يتحمله المسؤول بالتعويض المالي من ذلك.

٢ ـ إتلاف المال

المادة ٢٧٨: من أتلف مال غيره أو أفسده عوّض مثله إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً، وذلك مع مراعاة الأحكام العامة للمسؤولية عن الفعل الضار.

المادة ٢٧٩: إن كان الإتلاف جزئياً ضَمِن المتلِف القيمة، فإذا كان النقص فاحشاً فصاحب المال بالخيار: إن شاء أخذ قيمة ما نقص وإن شاء ترك المال للمتلف وأخذ القيمة، مع مراعاة الأحكام العامة للمسؤولية عن الفعل الضارّ.

٣ ـ الغصب والتعدّي

المادة ٢٨٠:

١ ـ على اليد ما أخذت حتى تؤديه؛ فمن غصب مالاً يجب عليه ردّه بعينه سواء أكان المال مثلياً أو قيمياً، دون إخلال بمسؤوليته وفق القواعد العامة للفعل الضارّ.

٢ ـ إذا تعذر رد عين لأي سبب كان، فإن كان مثلياً وجب رد مثله، وإن كان قيمياً أو مثلياً قد انقطعت أمثاله وجب رد قيمته.

٣ ـ منافع المغصوب وزوائده تأخذ حكمه.

المادة ٢٨١:

١ ـ للمغصوب منه حقّ استرداد المغصوب من أي يد يجده فيها، فإن كان ذو اليد قد تلقىٰ المغصوب بمعاوضة كان له الرجوع على من تلقّاه منه.

٢ ـ وإذا هلك المغصوب عند ذي اليد كان للمغصوب منه تضمين الغاصب أو تضمين ذي اليد، وكان لهذا حق الرجوع على الغاصب:

أ ـ فإذا كان قد تلقاه من الغاصب تبرعاً رجع عليه بما ضمن.

ب ـ وإذا كان تلقاه معاوضة رجع على الغَاصب بالعوض الذي بذله أو بما ضمنه للمالك أيهما أكثر.

المادة ٢٨٢:

١ ـ إذا أتلف أحدٌ المال المغصوب وهو في يد الغاصب فللمغصوب منه تضمين الغاصب أو المتلف، فإذا اختار تضمين الغاصب كان لهذا حق الرجوع على المتلف.

٢ ـ أمّا إذا تصرف الغاصب في المال المغصوب بمعاوضة أو تبرّع، وهلك المغصوب في يد من تصرف إليه الغاصب، فللمغصوب منه تضمين أيهما شاء: فإن اختار تضمين الغاصب نفذ تصرفه، وإن اختار تضمين الآخر كان له حق الرجوع على الغاصب وفقاً لأحكام القانون.

المادة ٢٨٣:

١ ـ غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب.

٢ ـ فإذا رد غاصب الغاصب المال المغصوب إلى الغاصب الأول يبرأ الثاني وحده، وإذا رده إلى المالك يبرأ هو والغاصب الأول، وهذه البراءة تقتصر على المسؤولية بردّ عين الشيء المغصوب دون بقية المسؤوليات التي تلحق الغاصب بمقتضى قواعد الفعل الضارّ، كضمان منافع المغصوب وزوائده وثمراته، ولو لم يستفد منها الغاصب بل تركها تضيع.

٣ ـ وإذا تلف المغصوب أو أتلف في يد غاصب الغاصب فالمغصوب منه مخيَّر: إن شاء ضمنه الغاصب الأول وإن شاء ضمنه الغاصب الثاني، وله أن يضمن مقداراً منه الأول والمقدار الآخر الثاني، فإذا ضمن الغاصب الأول كان لهذا أن يرجع على الثاني، وإذا ضمن الثاني فليس له أن يرجع على الأول.

المادة ٢٨٤: يُعتبر في حكم الغاصب ويلتزم بجميع مسؤولياته:

أ ـ كل أمين على مالٍ كالوديع والمستعير إذا تعدى على الأمانة، أو قصر في حفظها أو جحدها، أو مات مجهِّلاً لها.

ب ـ سارق المال، ولو قُضي عليه بالعقوبة.

جـ ـ كل من وقع منه فعلٌ يساوي الغصب في الاستيلاء على مال الغير بوجه لا شبهة فيه.

المادة ٢٨٥:

١ ـ إذا تغير المغصوب من تلقاء نفسه يخيَّر المغصوب منه بين استرداد المغصوب أو البدل.

٢ ـ إذا تغير المغصوب بفعل الغاصب بصورة يتغير معها اسمه يضمن الغاصب البدل.

٣ ـ إذا زاد الغاصب في المغصوب شيئاً من ماله غير قابل للفصل وزادت به قيمة المغصوب دون أن يتغير بها اسمه يخيَّر المالك بين أن يدفع قيمة الزيادة ويستردّ المغصوب ذاته، وبين تركه للغاصب وتضمينه قيمته.

٤ ـ إذا نقصت قيمة المغصوب نتيجةً لاستعمال الغاصب، أو بفعلِ شخصٍ آخر، أو بآفةٍ سماوية نقصاناً يسيراً يضمن الغاصبُ فرقَ القيمة، وإذا كان نقصان القيمة فاحشاً يخيَّر المالك بين ذلك وبين ترك المغصوب للغاصب وتضمينه قيمتها كلها.

الفرع الثاني

المسؤولية عن فعل الغير

المادة ٢٨٦:

١ ـ لا يُسأل أحد عن فعل غيره. ومع ذلك للمحكمة بناءً على طلب المضرور أن تلزم بأداء التعويض مع من أوقع الضرر:

أ ـ من وجبت عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة الشخص الذي وقع منه الإضرار وهو تحت رقابته بسبب قصوره أو حالته العقلية أو الجسمية، إلاَّ إذا أثبت الرقيب أنه قد قام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية، أو أن الضرر كان لا بدّ واقعاً ولو قام بهذا الواجب.

ب ـ من وقع الإضرار مِن تابعه الذي له عليه سلطة فعلية في تسييره وتوجيهه، ولو لم يكن حراً في اختيار هذا التابع، إذا كان الإضرار قد صدر عنه في حال تأدية وظيفته أو بسببها.

٢ ـ لمن أدىٰ التعويض عمن وقع منه الإضرار في كلتا الحالتين أن يرجع عليه بما أدىٰ عنه.

الفرع الثالث
مسؤولية الشخص عن الحيوان والأشياء

المادة ٢٨٧: جناية العجماء جُبار، ولكن فعلها الضارّ مضمون على ذي اليد عليها مالكاً كان أو غير مالك إذا قصّر أو تعدىٰ.

المادة ٢٨٨:

١ ـ الضرر الذي يحدثه للغير انهيار البناء كله أو بعضه يضمنه مالك البناء أو المتولّي عليه إلاّ إذا ثبت عدم تعدّيه أو تقصيره.

٢ ـ ولمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر، فإن لم يقم المالك بذلك، كان للمحكمة أن تأذن له في اتخاذ هذه التدابير على حساب المالك.

المادة ٢٨٩: كل من كان تحت تصرفه أشياء ـ تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو آلات ميكانيكية ـ يكون ضامناً لما تحدثه من ضرر إلاّ ما لا يمكن التحرز منه، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة.

المادة ٢٩٠: استعمال الحق العام مقيّد بسلامة الغير فمن استعمل حقه العام وأضرّ بالغير ضرراً يمكن التحرّز منه كان ضامناً.

الفصل الرابع
الفعل النافع أو الإثراء بلا سبب

المادة ٢٩١: من حصل لديه مال لغيره بلا سبب مشروع فعليه رده إذا كان قائماً، أو تعويضه إذا كان هالكاً.

الفرع الأول
دفع ما لا يجب

المادة ٢٩٢: من دفع شيئاً بظن وجوبه عليه ثم تبين عدم وجوبه فله استرداده.

المادة ٢٩٣: من وفىٰ دَيْناً ثم تبين أن سببه لم يتحقق، أو أنه زال بعد تحقّقه، أو أنه مؤجّل لم يحل أجله فله استرداده.

المادة ٢٩٤: في الحالات التي يحق فيها استرداد دفع ما لا يجب إذا حصل وفاء الدين من غير المدين، وتخلّى الدائن وهو حسن النية، عن سد الدين أو تأميناته، أو ترك حقه تجاه المدين يتقادم، اعتماداً على الوفاء الذي حصل، فحينئذٍ ينقطع حق الموفي في الاسترداد من الدائن، وله الرجوع على المدين بما وفىٰ عن ذمته إذا كان الوفاء بأمر منه.

الفرع الثاني
الفضول والتفضُّل

المادة ٢٩٥: من قام بفعل نافع لغيره دون أمر منه سواءً بأداء دَيْن عنه، أو بأي عمل آخر يعتبر فضولياً متبرعاً لا رجوع له على ذلك الغير بشيء، إلاَّ في الحالات التالية، حيث يُعتبر متفضلاً بمثابة وكيل ويرجع على المتفضل عليه بما أنفق في حدود المعقول:

١ ـ إذا أذنت له المحكمة بما أدى أو فعل.

٢ ـ إذا جرى بمثله عرف.

٣ ـ إذا دعته إليه ضرورة.

المادة ٢٩٦: إذا كان ما قام به الفضولي عن الغير بلا أمره تصرفاً قولياً تطبَّق عليه حينئذٍ قواعد العقد الموقوف.

الفرع الثالث
عدم سماع دعوى الإثراء بلا سبب

المادة ٢٩٧: لا تُسمع دعوى الإثراء بلا سبب في جميع الأحوال المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بحقه في الرجوع. وعلى كل حال لا تسمع الدعوى بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي نشأ فيه حق الرجوع.

الفصل الخامس
القانون

المادة ٢٩٨: الحقوق التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها.

الباب الثاني
آثار الالتزام
أحكام عامة

المادة ٢٩٩: يجب على المدين تنفيذ التزامه عند استحقاقه فإذا امتنع نفذ عليه جبراً متى استوفى شرائطه القانونية.

المادة ٣٠٠: إذا لم يستوف الالتزام الشرائط القانونية لتنفيذه جبراً يبقى قائماً في ذمة المدين ديانة، فإذا وفاه مختاراً كان وفاؤه صحيحاً ولا يُعتبر تبرعاً ولا دفعاً لما لا يستحق.

المادة ٣٠١: الالتزام القائم ديانةً يُعتبر أساساً صالحاً لأن يبني عليه المدين التزاماً قانونياً.

الفصل الأول
التنفيذ الجبري

الفرع الأول
التنفيذ العيني

المادة ٣٠٢:

١ ـ يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً.

٢ ـ على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين الحسن النية، جاز للمحكمة بناءً على طلبه أن تقصر حق الدائن على اقتضاء تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً.

المادة ٣٠٣:

١ ـ إذا تعلق الحق بمال مثلي لم يحدَّد إلاَّ بنوعه ومقداره ووصفه، فإنه

لا يختص بشيء بذاته من ذلك النوع إلاً بعد تعيينه بالاتفاق.

٢ ـ فإذا لم يقع الاتفاق على التعيين كان للدائن تحصيل المقدار المطلوب من النوع ذاته على حساب المدين بإذن المحكمة أو دون إذنها في حالة اضطراره للاستعجال مع حقه في التعويض إن كان له مقتضٍ.

المادة ٣٠٤:

١ ـ الالتزام بتسليم شيء معيَّن يستلزم المحافظة عليه حتى يتم التسليم. ويكون المدين مسؤولاً خلال ذلك عن كل ما يصيبه بسبب تقصيره.

٢ ـ فإذا لم يقم المدين بتسليمه بعد أن أعذر حتى هلك أو تعيب ولو بدون تقصير منه كانت تبعة ذلك عليه.

٣ ـ فإذا كان الشيء في يد حائزه بطريق غير مشروع، فعليه تبعة ما يصيبه في جميع الأحوال.

المادة ٣٠٥: في الالتزام بعمل، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة العمل أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين.

المادة ٣٠٦:

١ ـ في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يطلب إذناً من المحكمة بتنفيذ الالتزام على حساب المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً.

٢ ـ يجوز في حالة اضطرار الدائن إلى الاستعجال أن ينفذ الالتزام على حساب المدين دون إذن من القضاء.

المادة ٣٠٧: في الالتزام بعمل، يقوم حكم المحكمة مقام التنفيذ، إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل.

المادة ٣٠٨: في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخّى الحيطة في تنفيذ التزامه، فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود، أما إذا كان المطلوب هو تحقيق غاية فلا يُعتبر الوفاء حاصلاً إلاً بتحقيق تلك الغاية.

المادة ٣٠٩: إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخلّ بهذا الالتزام، كان للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام مع التعويض إذا كان له مقتضٍ، وله أن يطلب إذناً من القضاء في أن يقوم بهذه الإزالة على حساب المدين.

الفرع الثاني

التعويض والتنفيذ التعويضي

المادة ٣١٠:

١ ـ إذا كان التنفيذ العيني ممكناً، وامتنع عنه المدين يحكم عليه به مع التعويض عن ضرر التأخير.

٢ ـ على أنه إذا أصبح التنفيذ العيني غير ذي جدوىٰ بفوات المقصود منه، يبقى للدائن حق التعويض، ما لم يكن المانع للمدين سبباً أجنبياً لا يد له فيه.

٣ ـ وإذا استحال التنفيذ العيني، وكان المدين في وضع المقصر المسؤول عن سبب الاستحالة، حُكم عليه بالتنفيذ التعويضي بصورة شاملة لقيمة الالتزام وتعويض ضرر التأخير، فإذا لم يكن المدين في وضع المقصر المسؤول سقط التزامه والالتزام الدائن المقابل له.

المادة ٣١١: يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من تعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدي أو تأخره فيه، إلاَّ ما يكون عن غش أو خطأ جسيم منه، أو من أحد الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

المادة ٣١٢: إذا تم الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة جاز للمحكمة إعفاء المدين من هذه المسؤولية أو تعديلها وفقاً لما تستوجبه العدالة ويقع باطلاً كل شرط يخالف ذلك.

المادة ٣١٣: لا يستحق التعويض إلاَّ بعد إعذار المدين ما لم ينص على خلاف ذلك.

المادة ٣١٤: يكون إعذار المدين بإنذاره كتابةً على الوجه المبيَّن في القانون بلزوم تنفيذ التزامه بلا تأخير.

المادة ٣١٥: لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية:

أ ـ إذا اتفق الطرفان كتابةً على تنفيذ الالتزام بمجرد حلول أجله دون حاجة إلى إعذار.

ب ـ إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجدٍ بفعل المدين.

ج ـ إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتّب على عمل غير مشروع.

د ـ إذا كان موضوع الالتزام ردّ شيء تسلّمه المدين دون حق وهو عالم بذلك.

هـ ـ إذا صرح المدين كتابةً أنه لا يريد القيام بالتزامه.

المادة ٣١٦: يجوز للمتعاقدين أن يحدّدا مقدّماً مقدار التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق، ويراعى في الحالتين أحكام القانون ولا سيما المواد من (٢٨٢) إلى (٢٨٧).

المادة ٣١٧: إذا لم يكن التعويض مقدّراً في العقد، أو بنص القانون، قدّرته المحكمة طبق أحكام المواد (٢٣٥)، (٢٣٧)، (٢٣٨)، مراعية في ذلك طبيعة المسؤولية التعاقدية.

المادة ٣١٨:

١ ـ لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.

٢ ـ يجوز للمحكمة أن تخفض هذا التعويض إلى ما يساوي الضرر، إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

٣ ـ إذا جاوز الضرر مقدار التعويض الاتفاقي نتيجةً لغش أو خطأ جسيم من المدين جاز للدائن أن يطالب بزيادة التعويض إلى القدر المساوي للضرر.

٤ ـ يقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرات السابقة.

الفصل الثاني
وسائل ضمان تنفيذ الالتزامات

المادة ٣١٩: أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، وجميع الديون متساوية في جواز الاستيفاء من أموال المدين جميعاً، لا تقدم لدين سابق على لاحق ولا أولوية إلاّ بنصّ القانون.

الفرع الأول

مطالبة الدائن بحقوق مدينه

أو الدعوى غير المباشرة

المادة ٣٢٠: لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يطالب قضائياً بحقوق مدينه نيابةً عنه، إلاَّ ما كان منها متصلاً بشخصه خاصةً أو غير قابل للحجز. وذلك إذا أهمل المدين هذه المطالبة وكان من شأن هذا الإهمال أن يؤدي إلى إعساره أو يزيد فيه. ويجب إدخال المدين في الدعوى.

المادة ٣٢١: كل نفع يعود من مطالبة الدائن بحقوق مدينه يلتحق بسائر أموال المدين ويدخل في الضمان العام طبقاً للمادة (٢٩١).

الفرع الثاني

دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق دائنيه

المادة ٣٢٢:

١ ـ إذا تصرف المدين تبرعاً بما لا يلزمه ولم تجر العادة به وترتب عليه إحاطة ديونه الحالّة بأمواله يحق لكل دائن حلّ دينه أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه. ويطبق هذا الحكم إذا تسلسل التبرع من خلف إلى خلف.

٢ ـ فإذا كان تصرف المدين معاوضة فإنه يشترط لعدم نفاذه في حق الدائنين أن يكون المدين وخلفه الذي تلقى منه عالمين عند التصرف بإحاطة الدين بمال الدين.

٣ ـ وإذا تسلسل التصرف من خلف إلى خلف كان حق الخلف المعاوض محصّناً في وجه الدائنين ما لم يثبت علم المدين عند تصرفه وعلم هذا الخلف المعاوض أن الدين كان محيطاً بمال المدين.

٤ ـ وحكم المحاباة في المعاوضة كحكم التبرع.

المادة ٣٢٣: الوفاء من المدين الذي أحاطت ديونه بأمواله يأخذ حكم التبرع إذا كان قبل حلول الدين ويأخذ حكم المعاوضة إذا كان بعد حلول الدين. فإذا أُريد بهذا الوفاء تفضيل أحد الدائنين حرم هذا الدائن من هذه المزية.

المادة ٣٢٤: إذا ادعى الدائن إحاطة الدين بمال المدين فليس على الدائن إلاَّ أن يثبت مقدار ما في ذمة المدين من ديون حالة وعلى المدين أن يثبت أن له أموالاً تساوي مقدار تلك الديون أو تزيد عليه.

المادة ٣٢٥: متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين يضارون به.

المادة ٣٢٦:

١ - لا تُسمع دعوى عدم نفاذ التصرف بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف.

٢ - ولا تُسمع الدعوى في جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف.

الفرع الثالث

حبس المال

المادة ٣٢٧: لكل من التزم بشيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوف بما يجب عليه مقابل ذلك بمقتضى القانون أو العقد أو العرف.

المادة ٣٢٨: لمن أنفق على ملك غيره وهو في يده بطريق مشروع أن يحبسه حتى يأخذ ما أنفقه إذا كان الإنفاق بإذن القاضي أو كانت النفقة ضرورية أو واجبة على المالك وتعذر الإذن ما لم يقض القانون بغير ذلك.

المادة ٣٢٩:

١ - على الحابس أن يحافظ على الشيء وأن يقدم حساباً عن غلته.

٢ - وإذا كان الشيء المحبوس يُخشى عليه الهلاك أو التعيّب فللحابس أن يستحصل إذناً من المحكمة ببيعة وفقاً للإجراءات الخاصة ببيع المرهون حيازة، وينتقل حقه في الحبس إلى ثمنه.

المادة ٣٣٠: من حبس الشيء إعمالاً في الحبس كان أحق من باقي الدائنين في استيفاء حقه منه.

المادة ٣٣١: صاحب الحق في الشيء المحبوس إذا استولى عليه دون إذن الحابس فلهذا الأخير أن يسترده خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بذلك وقبل انقضاء سنة من تاريخ خروجه من يده.

الفرع الرابع

الحجر بسبب الدين

المادة ٣٣٢: يجوز الحجر على المدين إذا زادت ديونه الحالّة على أمواله، وخاف غرماؤه إضاعة ماله، أو أن يخفيه أو ينقله إلى اسم غيره وكان تخوفهم مبنياً على أسباب معقولة.

المادة ٣٣٣: يكون الحجر بحكمٍ تصدره المحكمة بناءً على طلب أحد الدائنين أو طلب المدين نفسه.

المادة ٣٣٤: يجوز للمحكمة بناءً على طلب أي دائن حلّ دينه أن تقرر حجز أموال المدين المحجور عليه من عقارات ومنقولات وديون في ذمة الغير سوىٰ الأموال التي لا يجوز حجزها. ويكون هذا الحجز لمصلحة جميع الدائنين ما دام المدين محجوراً عليه.

المادة ٣٣٥: تقدّر المحكمة للمدين المحجور عليه بناءً على طلبه نفقة من أمواله تكفيه بالمعروف لحاجاته الضرورية وحاجات من تلزمه نفقتهم.

المادة ٣٣٦: متى سجلت دعوى الحجر على المدين لدى المحكمة لا ينفذ في حق الدائنين أي تصرف للمدين يكون من شأنه أن يقرر حقاً عينياً على أمواله أو ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته، كما لا ينفذ في حقهم أي وفاء يخص به المدين أحدهم.

المادة ٣٣٧: لا يحول الحجر على المدين دون اتخاذ الدائنين إجراءات فردية ضد المدين وتكون نتائج هذه الإجراءات لمصلحة جميع الدائنين.

المادة ٣٣٨: يجوز للمدين بإذن المحكمة أن يتصرف في ماله معاوضة، ولو بغير رضا الدائنين، على أن يكون ذلك بثمن المثل وأن يقوم المشتري بإيداع الثمن حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع.

المادة ٣٣٩: ينتهي الحجر بحكم تصدره المحكمة بناءً على طلب ذي المصلحة في الحالتين التاليتين:

أ ـ إذا ثبت أن ديون المدين المحجور أصبحت لا تزيد على أمواله.

ب ـ إذا وزعت أمواله بين غرمائه.

المادة ٣٤٠: انتهاء الحجر على المدين لا يخل بما اتخذه كل دائن من الإجراءات الفردية ضد المدين ولا يمنع الدائنين من المطالبة بحقوق مدينهم ولا من الطعن في تصرفاته.

الباب الثالث

أوصاف الالتزام

الفصل الأول
التعليق على الشرط

المادة ٣٤١: التعليق على الشرط هو ربط التصرف في وجوده أو زواله بأمر مستقبل محتمل الوقوع.

المادة ٣٤٢: ينعقد التصرف المعلّق على شرط سبباً مفضياً إلى حكمه، ولكن يتأخر حكمه إلى حين تحقق الشرط المعلق عليه.

المادة ٣٤٣: التعليق على أمر كائن تنجيز وعلى مستحيل باطل.

المادة ٣٤٤: لا ينشأ الالتزام إذا عُلّق على شرط يكون القصد من التعليق عليه الحض على أمر ممنوع بمقتضى قواعد الشريعة أو النظام العام.

المادة ٣٤٥: المعلق على الشرط لا يثبت حكمه قبل تحقق الشرط.

الفصل الثاني
الإضافة إلى أجل

المادة ٣٤٦:

١ ـ التصرف المضاف هو ما أُضيف إلى أجل مستقبل محقق الوقوع.

٢ ـ التصرف المضاف ينعقد سبباً في الحال لكن يتأخر حكمه إلى حلول الأجل المضاف إليه.

المادة ٣٤٧: يسقط حق المدين في الأجل:

١ ـ إذا حكم عليه بالحجر بسبب الدَّيْن إلاَّ إذا كان هناك شرط بعدم سقوط الأجل أو طلبه الدائنون جميعاً.

٢ ـ إذا لم يقدم تأمينات الدَّيْن المتفق عليها.

٣ ـ إذا نقصت توثيقات الدَّيْن بفعله أو سببٍ لا يد له فيه ما لم يبادر إلى تكملتها.

المادة ٣٤٨:

١ ـ يجوز التعجيل بالوفاء ممن كان الأجل لمصلحته ما لم يلحق التعجيل ضرراً بالطرف الآخر.

٢ ـ عند الشك في كون الأجل لمصلحة المدين أو الدائن فالأصل أن يُعتبر لمصلحة المدين.

٣ ـ فإذا قضى المدين الدَّيْن قبل حلول الأجل ثم استحق المقبوض عاد الدَّيْن مؤجَّلاً كما كان.

المادة ٣٤٩:

١ ـ الدَّيْن المؤجل لا يحل بموت الدائن.

٢ ـ ويحل بموت المدين إلاَّ في الحالات التالية:

أ ـ إذا كان الدين موثقاً أو قدم الورثة توثيقاً كافياً عينياً أو شخصياً.

ب ـ إذا شرط المدين على الدائن عدم حلول الأجل.

جـ ـ إذا وافق جميع الدائنين على بقاء ديونهم مؤجلة.

المادة ٣٥٠:

١ ـ يجوز الاتفاق على تأجيل الوفاء بالدين إلى حين الميسرة أو المقدرة سواءً ورد ذلك صراحةً في العقد أو فُهم من ظروف التعاقد، وإذا ادعى الدائن مماطلة المدين ولم يحصل الاتفاق على تحديد أجل معيَّن للوفاء حدّدت المحكمة أجلاً يكون مظنة للقدرة، أو قسّطت الدين مراعيةً في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية ووجوب حرصه على الوفاء بالتزامه.

٢ ـ يسقط الأجل والتقسيط بميسرة المدين.

المادة ٣٥١: إذا عجز المدين عن الوفاء في الأجل المحدد وجب على الدائن إمهاله، فإن لم يفعل أمهلته المحكمة إلى مظنة القدرة أو قسّطت له الدَّيْن مراعيةً في ذلك أحكام المادة السابقة.

الفصل الثالث
خيار التعيين

المادة ٣٥٢: يجوز أن يكون محل التصرف واحداً من عدة أشياء إذا شرط لأحد الطرفين الخيار في تعيينه.

المادة ٣٥٣:

١ ـ إذا لم يحدد المتعاقدان مدة للاختيار صح العقد وحددت المحكمة مدة مناسبة.

٢ ـ إذا انقضت المدة المحددة دون أن يختار من له الاختيار بعد إعذاره ينتقل الاختيار إلى الطرف الآخر.

المادة ٣٥٤: ينتقل حق الاختيار إلى الوارث.

الفصل الرابع
تعدّد طرفي الالتزام

الفرع الأول
تضامن الدائنين

المادة ٣٥٥: لا يكون التضامن بين الدائنين إلاّ باتفاق أو بنص في القانون.

المادة ٣٥٦:

١ ـ للدائنين المتضامنين، مجتمعين أو منفردين، مطالبة المدين بكل الدَّيْن.

٢ ـ للمدين أن يعترض على مطالبة أحد دائنيه المتضامنين بأوجه الاعتراض الخاصة بهذا الدائن وبالأوجه المشتركة بين جميع الدائنين، وليس له أن يعترض عليه بأوجه الاعتراض الخاصة بدائن آخر.

المادة ٣٥٦: كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين يكون من حقهم جميعاً يحاصّونه فيه، إلاّ إذا نص القانون أو اتفقوا على خلاف ذلك.

المادة ٣٥٧: للمدين أن يوفي دينه إلى أي من الدائنين المتضامنين إلاّ إذا أنذره أحدهم بعدم وفاء نصيبه إلى دائن معيّن ولم يترتب على ذلك ضرر للمدين.

المادة ٣٥٨: إذا برئت ذمة المدين قِبَل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء، لا تبرأ ذمته قبل باقي الدائنين إلاّ بقدر حصة الدائن الذي برئت ذمة المدين قِبله.

المادة ٣٥٩: إذا أتى أحد الدائنين المتضامنين عملاً من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين لا ينفذ هذا العمل في حقهم.

المادة ٣٦٠: لا ينتقل التضامن إلى ورثة الدائن المتضامن إلاّ إذا كان الدين غير قابل للانقسام.

الفرع الثاني

الدين المشترك

المادة ٣٦١: يكون الدين مشتركاً بين عدة دائنين إذا اتحد سببه، كما لو كان ديناً آل بالإرث إلى عدّة ورثة، أو تعويضاً لمال مشترك أتلف بالتعدي، أو ثمناً لمبيع مشترك بِيع بصفقة واحدة.

المادة ٣٦٢: لكل من الشركاء في الدَّيْن المشترك أن يطلب حصته فيه.

المادة ٣٦٣:

١ ـ إذا قبض أحد الشريكين بعض الدَّيْن المشترك فللشريك الآخر أن يشاركه فيه بنسبة حصته ويتبعان المدين بما بقي أو أن يترك للقابض ما قبضه على أن يتبع هو المدين بحصته.

٢ ـ فإذا اختار الشريك متابعة المدين فليس له أن يرجع على شريكه ولو هلك باقي الدَّيْن عند المدين إلاّ إذا اتفق الشريكان على الرجوع على القابض في هذه الحالة.

المادة ٣٦٤:

١ ـ إذا قبض أحد الشركاء حصته في الدَّيْن المشترك ثم تصرف فيها أو استهلكها فللشركاء الآخرين أن يرجعوا عليه بأنصبائهم فيها.

٢ ـ فإذا هلكت في يده بلا تقصير منه فلا ضمان عليه لأنصبة شركائه فيها ويكون قد استوفى حصته، وما بقي من الدَّيْن بذمة المدين يكون لشركائه الآخرين.

المادة ٣٦٥: إذا أخذ أحد الشركاء من المدين كفيلاً بحصته في الدين المشترك أو أحاله المدين على آخر فللشركاء أن يشاركوه بحصصهم في المبلغ الذي يأخذه من الكفيل أو المحال عليه.

المادة ٣٦٦: إذا اشترىٰ أحد الشركاء بنصيبه في دَيْن مشترك مالاً من المدين، فللشركاء أن يضمّنوه ما أصاب حصصهم من ثمن ما اشتراه أو أن يرجعوا بحصصهم على المدين وليس لهم أن يشاركوه فيما اشتراه إلاّ برضاه.

المادة ٣٦٧: يجوز لأحد الشركاء أن يهب حصته في الدَّيْن للمدين أو أن يبرئه منها ولا يضمن أنصبة شركائه فيما وهب أو أبرأ.

المادة ٣٦٨:

١ ـ يجوز لأحد الشريكين في الدَّيْن المشترك أن يصالح المدين عن حصته فيه. فإن كان بدل الصلح من جنس الدَّيْن جاز للشريك الذي لم يصالح أن يترك لشريكه ما صالح عليه ويتبع المدين بنصيبه كاملاً. وله أن يقاسم الشريك المصالح فيما صالح عليه، ويرجع على المدين بباقي نصيبه، كما يرجع المصالح نفسه على المدين بما أخذه شريكه منه.

٢ ـ فإن هلك بعض ما في ذمة المدين اقتسم الشريكان ما قبضاه بنسبة ما لكل منهما عند المدين.

٣ ـ وإن كان بدل الصلح من غير جنس الدَّين جاز للشريك الآخر أن يتبع المدين أو الشريك المصالح. وللمصالح إذا اختار الشريك الآخر متابعته أن يدفع له نصيبه في المقبوض أو نصيبه في الدين.

المادة ٣٦٩:

١ ـ لا يجوز لأحد الشركاء في دين مشترك تأجيله وحده دون موافقة الباقين على هذا التأجيل.

٢ ـ ويجوز أن يؤجل حصته دون موافقة الباقين وفي هذه الحالة ليس له أن يشاركهم فيما يقبضون من الدين.

الفرع الثالث

تضامن المدينين

المادة ٣٧٠: لا يكون التضامن بين المدينين إلاّ باتفاق أو بنص القانون.

المادة ٣٧١: يتحقق التضامن بين المدينين ولو كان دين بعضهم مؤجلاً أو معلقاً على شرط أو مرتبطاً بأي وصف مؤثِّر فيه، وكان دَيْن غيره منجزاً أو خالياً من ذلك الوصف.

المادة ٣٧٢: إذا وفى أحد المدينين المتضامنين الدَّيْن برِئَت ذمته وذمة الباقين.

المادة ٣٧٣: للدائن أن يطالب بدينه كل المدينين المتضامنين أو بعضهم مراعياً ما في علاقته بكل مدين من وصف مؤثِّر في الدين، ومطالبته لأحدهم لا تمنعه من مطالبة الباقين.

المادة ٣٧٤: إذا وقعت مقاصّة بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين برئت ذمته وذمة الباقين تجاه الدائن بقدر التقاصّ، ويرجع المدين الذي وقعت معه المقاصة على الباقين بمقدار أنصبائهم.

المادة ٣٧٥: إذا اجتمعت صفة الدائن والمدين في أحد المدينين المتضامنين فإن الدَّيْن لا ينتقص بالنسبة إلى باقي المدينين إلاّ بقدر حصة هذا المدين.

المادة ٣٧٦:

١ ـ إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين فقط برئت ذمته وذمة الباقين من حصته وبقي تضامنه.

٢ ـ وإذا أبرأه من التضامن فقط بقي دينه في ذمته وامتنعت مطالبة الدائن له بحصة الآخرين. ولهؤلاء الرجوع عليه بما يدفعونه عنه بحكم التضامن بينهم.

٣ ـ وإذا أبرأه بصورة مطلقة، انصرف الإبراء إلى الدَّيْن والتضامن معاً، ما لم يتبين من ظروف الحال أو من طبيعة التعامل قصده إلى أحدهما.

المادة ٣٧٧: إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدَّيْن أو من التضامن فلباقي المدينين أن يرجعوا على هذا المدين بنصيبه من حصة المعسر منهم.

المادة ٣٧٨:

١ ـ عدم سماع الدعوى للتقادم بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين لا يفيد باقي المدينين إلاّ بقدر حصة ذلك المدين.

٢ ـ وقف سريان التقادم أو انقطاعه بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين لا يعطي الحق للدائن بالتمسك به ضد الباقين.

المادة ٣٧٩: المدين المتضامن مسؤول في تنفيذ الالتزام عن فعله وفعل باقي المدينين المتضامنين في موضوع التضامن.

المادة ٣٨٠:

١ ـ ينفذ الصلح الذي يعقده أحد المدينين المتضامنين على الباقين ما لم يرتب في ذمتهم التزاماً جديداً أو يزد في التزامهم فإنه لا ينفذ بحقهم إلاّ بإجازتهم.

٢ ـ يرجع المدين المصالح على الباقين بما دفعه عنهم طبقاً لأحكام المادة (٣٥٦)، غير أنه إذا كان بدل الصلح من غير جنس الدَّين فالعبرة بالأقل من الدَّين وبدل الصلح.

المادة ٣٨١:

١ ـ إقرار أحد المدينين المتضامنين بما عليه من الدين ملزِم له بمقتضى إقراره وملزِم للباقين بمقتضى تضامنهم معه.

٢ ـ وإقراره بما عليه وعلى الباقين من الدين ملزِم له بكل ما أقر به وملزِم للباقين بمقدار حصة المقرّ من الدَّين.

المادة ٣٨٢:

١ ـ للمدين المتضامن الذي أدّى الدَّين كلَّه أو أدّى أكثر من نصيبه، أن يرجع على المدينين المتضامنين الباقين بما دفعه زائداً على نصيبه كلٍّ بقدر حصته، كما له أن يرجع على أحدهم بنصيبه من الدَّيْن وبحصته من نصيب الآخرين.

٢ ـ إذا أدّى أحد الكفلاء المتضامنين أي قدر من الدَّيْن فله أن يرجع على الآخرين فيقاسمهم فيما أدى بالسوية، كما أن له الرجوع على أحدهم بنصف ما دفعه، ثم يرجعان على الباقين.

الباب الرابع
انقضاء الالتزام

الفصل الأول
الوفاء

الفرع الأول
طرف الوفاء

المادة ٣٨٣: يصحّ الوفاء:

أ ـ من المدين أو من نائبه أو من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء.

ب ـ ممن لا مصلحة له في الوفاء. على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء في هذه الحالة إذا أبلغ المدين الدائن اعتراضه على ذلك. ويراعى في ذلك مقتضيات المادة (٢٧٧).

المادة ٣٨٤: يشترط لنفاذ الوفاء:

١ ـ أن يكون الموفى به ملكاً للموفي.

٢ ـ أن يكون الموفي كامل الأهلية. فإذا كان ناقصها فإن وفاءه دون إذن نائبه الشرعي يكون موقوفاً على الإجازة.

المادة ٣٨٥: إذا وفى المدين في مرض موته بعض دائنيه ولم تفِ تركته بديون الباقين فلهم الرجوع على المستوفي ومشاركته فيما أخذ.

المادة ٣٨٦: يكون الوفاء مبرئاً لذمة المدين إذا وقع:

١ ـ للدائن كامل الأهلية أو لنائبه.

٢ ـ للنائب الشرعي عن الدائن القاصر.

٣ ـ للدائن ناقص الأهلية إذا انتفع بهذا الوفاء وحينئذٍ تكون براءة المدين بقدر هذا النفع.

٤ ـ لمن يقدم وثيقة مخالصة صحيحة صادرة من الدائن.

٥ ـ لمن يكون هو الدائن في الظاهر إذا وقع الوفاء إليه بحسن نيّة.

٦ ـ لمن تأذن المحكمة بالوفاء إليه.

الفرع الثاني
رفض الوفاء

المادة ٣٨٧: إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه من المدين رفضاً صريحاً أو ضمنياً كما لو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها فللمدين أن يعرض عليه الوفاء بالفعل عرضاً رسمياً، فإنْ رفضه كان للمدين الحق في إيداعه.

المادة ٣٨٨: يترتب على العرض الفعلي الرسمي أن يصير الشيء محل الالتزام في ضمان الدائن إن كان من قبل في ضمان المدين، وأن يصبح للمدين الحق في مطالبة الدائن بتعويض ما لحقه من ضرر.

المادة ٣٨٩:

١ ـ لا يكون العرض الفعلي الرسمي صحيحاً إلاَّ إذا كان لكامل الدَّيْن المستحق ومصروفاته حسبما يقتضيه العقد أو نوع الدَّين.

٢ ـ يجوز العرض الفعلي حال المرافعة أمام المحكمة بدون إجراءات أخرى إذا كان الدائن المعروض عليه أو نائبه حاضراً.

٣ ـ يكون الإيداع بإذن المحكمة وحيث تأمر في كل شيء بحسب طبيعته، إما بإيداعه عيناً أو بوضعه تحت الحراسة.

المادة ٣٩٠: إذا كان محل الوفاء شيئاً يسرع إليه الفساد أو يكلِّف إيداعه أو حراسته نفقات غير معقولة جاز للمدين بإذن المحكمة أو بدون استئذانها في حالة الضرورة للاستعجال أن يبيعه بسعره المعروف في الأسواق، فإن تعذّر ذلك فبالمزاد العلني ويقوم إيداع الثمن مقام إيداع الشيء نفسه.

المادة ٣٩١: يُستغنى عن العرض ويُكتفى بالإيداع أو ما يقوم مقامه في الحالات التالية:

١ ـ إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه.

٢ ـ إذا كان الدائن محجوراً عليه وليس له نائب يقبل الوفاء.

٣ ـ إذا كان الدين متنازعاً عليه بين عدة أشخاص.

٤ ـ إذا كانت هناك أسباب جدية أخرى.

المادة ٣٩٢:

١ ـ إذا عرض المدين الدين وأتبع العرض بإيداع على الوجه الصحيح قام ذلك مقام الوفاء وترتب عليه جميع نتائجه من تاريخ الإيداع، وصار ذلك لازماً للمدين لا يُقبل منه رجوع فيه.

٢ ـ يتحمل الدائن نفقات العرض الرسمي والإيداع.

المادة ٣٩٣: على المدين بعد الإيداع إعلام الدائن به فإن لم يفعل لزمه تعويض الضرر الذي يلحق الدائن من جرّاء ذلك. ويُعفى المدين من هذا الإعلام في الحالات التي يتعذّر فيها طبقاً للمادة (٣٦٥).

الفرع الثالث

محل الوفاء وزمانه ومكانه ونفقاته وإثباته

المادة ٣٩٤: يكون الوفاء بالشيء المستحق أصلاً. فلا يُجبر الدائن على قبول غيره ولو كان أعلى قيمة.

المادة ٣٩٥:

١ ـ ليس للمدين أن يجبر الدائن على قبول وفاءٍ جزئي لدين واحد ما لم يوجد اتفاق أو نص يجيز ذلك.

٢ ـ فإذا كان الدين متنازعاً في جزء منه وقبِل الدائن أن يستوفي الجزء المعترَف به فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء.

المادة ٣٩٦: إذا تعددت الديون في ذمة المدين وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد، وكان ما أداه المدين لا يفي بهذه الديون جميعاً، فالقول للمدين في تعيين الدَّيْن المراد وفاؤه ما لم يوجد مانع اتفاقي أو قانوني من هذا التعيين.

المادة ٣٩٧: إذا لم يعيِّن المدين جهة الوفاء وتعذر الرجوع إليه، يُحسب المدفوع من الدين الحال أو الأقرب حلولاً، فإن كانت كلها حالّة أو مؤجّلة إلى أجل واحد يحسب من أشدها كلفة على المدين، فإن تساوت في الكلفة قسم المدفوع بنسبة كل منها.

المادة ٣٩٨: الأصل في الالتزام أن يوفى فوراً ما لم يوجد اتفاق أو نص بخلاف ذلك.

المادة ٣٩٩: يكون مكان الوفاء عند عدم تعيينه بالاتفاق أو بنص خاص كما يلي:

١ ـ في مكان وجود الشيء محل الوفاء وقت نشوء الالتزام إذا كان ذلك الشيء معيَّناً بذاته وكان الدائن عالماً بمكانه، فإن لم يكن عالماً بمكانه تعيّن الوفاء في مكان إنشاء العقد.

٢ ـ في مكان وقوع الفعل الضارّ بالنسبة للالتزامات الناشئة عنه.

٣ ـ في مكان نشوء الالتزام بالنسبة لسائر الديون الأخرى.

٤ ـ على أنه يجوز للمدين أن يوفي الدين للدائن في أي مكان لقيه فيه ما لم يكن من شأن ذلك أن يلحق ضرراً بالدائن.

المادة ٤٠٠: تكون نفقات الوفاء على المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص بخلافه.

المادة ٤٠١: لمن يقوم بوفاء الدَّين أو جزء منه أن يطلب وثيقة بما وفاه. فإذا رفض الدائن ذلك كان للمدين أو لذي المصلحة إيداع الدَّين.

الفصل الثاني
انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

الفرع الأول
الوفاء البديل

المادة ٤٠٢: يصح وفاء الدين ببديل يتفق عليه الطرفان. جنساً ووصفاً وقوةً وضعفاً.

المادة ٤٠٣:

١ ـ تسري على الوفاء البديل شرائط العقد الذي يناسبه وأحكامه بحسب الأحوال.

٢ ـ وتسري عليه أحكام الوفاء في قضاء الدَّين.

الفرع الثاني
المقاصّة

المادة ٤٠٤: المقاصّة هي انقضاء دينين لشخصين كل منهما دائن ومدين للآخر.

المادة ٤٠٥: المقاصّة نوعان: وجوبية تقع بحكم القانون بمجرد توافر شرائطها، ورضائية تقع باتفاق الطرفين.

المادة ٤٠٦: يشترط في المقاصة الوجوبية أن يكون كل من الدينين حالاً وأن يتماثلا جنساً ووصفاً وقوةً وضعفاً.

المادة ٤٠٧: لا يجوز أن تقع المقاصة إذا كانت تلحق ضرراً بحقوق اكتسبها الغير. فإذا أوقع الغير حجزاً على مال المدين ثم أصبح المدين دائناً لدائنه فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة ضد الحاضر.

المادة ٤٠٨: إذا أتلف الدائن عيناً من مال المدين وكانت من جنس الدين، وقعت المقاصّة، فإن لم تكن من جنسه لا تقع المقاصّة إلاّ باتفاق الطرفين.

المادة ٤٠٩: إذا كان للوديع دين على صاحب الوديعة، أو كان للغاصب دين على صاحب العين المغصوبة، والدين من جنس الوديعة أو العين المغصوبة فلا تقع المقاصّة إلاّ باتفاق الطرفين.

المادة ٤١٠: إذا اختلف مقدار الدينين تقع المقاصّة بقدر الأقل منهما.

المادة ٤١١: لا تتم المقاصة إلاّ إذا تمسك بها أحد الطرفين، ولا يجوز التنازل عنها قبل ثبوت الحق فيها.

المادة ٤١٢: إذا تقادم أحد الدينيين بعد ثبوت الحق لصاحبه في المقاصة لا يمنعه ذلك من التمسك بها.

المادة ٤١٣: إذا أوفى المدين ديناً عليه وكان له أن يقاص فيه بحق له، يسقط ما قد يكون لحقه من الضمانات المقدّمة من الغير إلاّ إذا كان يجهل وجوده وقت الوفاء.

الفصل الثالث
انقضاء الالتزام دون الوفاء به

الفرع الأول
الإبراء

المادة ٤١٤: ينقضي التزام المدين إذا أبرأه منه الدائن.

المادة ٤١٥:

١ ـ لا يتوقف الإبراء على قبول المدين، لكنه يرتد برده إذا لم يسبق منه القبول ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

٢ ـ إذا مات المدين دون قبول ولا ردّ، كان الإبراء نافذاً.

المادة ٤١٦: الإبراء لا يصح إلاّ من دَين قائم.

المادة ٤١٧:

١ ـ تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع.

٢ ـ ولا يُشترط فيه شكل خاص ولو وقع على التزام يُشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان.

الفرع الثاني

استحالة التنفيذ

المادة ٤١٨: ينقضي التزام المدين إذا استحال تنفيذه بسبب أجنبي لا يدَ له فيه، وينقضي كذلك الالتزام المقابل إن وُجد.

الفرع الثالث

اجتماع صفة الدائن والمدين

المادة ٤١٩:

١ ـ إذا اجتمع في شخص واحد صفة الدائن والمدين في دَيْن واحد، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اجتمعت فيه الصفتان.

٢ ـ لا تجتمع الصفتان إذا كان الدائن وارثاً للمدين، وإنما يكون أسوة الغرماء في اقتضاء دَيْنه من التركة.

المادة ٤٢٠: إذا زال سبب اجتماع صفة الدائن والمدين، عاد الدين إلى ما كان عليه.

الفصل الرابع

التقادم

المادة ٤٢١: لا يسقط الحق بالتقادم، ولكن لا تُسمع الدعوى به على من ينكره إذا أهمل صاحبه الادعاء به مدة خمس عشرة سنة دون عذر شرعي مع مراعاة الاستثناءات الواردة في هذا القانون وما ترد فيه أحكام خاصة.

المادة ٤٢٢:

١ ـ تتقادم بخمس سنوات الحقوق التالية:

أ ـ حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء والأساتذة والمعلمين ووكلاء التفليسة والسماسرة والوسطاء عما أدّوه من عمل متصل بمهنتهم وما أنفقوه فيه من نفقة.

ب ـ الحقوق الدورية المتجددة، كأجور العقارات والمرتبات ومعاشات التقاعد.

٢ ـ على أنه لا يتقادم الريع الواجب على متولي الوقف أداؤه للموقوف عليهم، ولا التعويض الواجب على الحائز السيئ النية، إلاَّ بانقضاء خمس عشرة سنة.

المادة ٤٢٣: تتقادم بسنتين الحقوق التالية:

أ ـ حقوق التجار والصنّاع عما قدّموه من بضائع أو مصنوعات لغير التجار.

ب ـ حقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما يقدمونه لزبائنهم.

جـ ـ حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور ولو غير يومية، ومن ثمن ما قدموه من أشياء.

المادة ٤٢٤: تتقادم الحقوق المذكورة في المادتين (٣٩٦ و ٣٩٧) ولو استمر نوع التعامل بين أصحابها والمدين بها.

المادة ٤٢٥: إذا كتب سند بحق من الحقوق المثبتة في المادتين (٣٩٦ و ٣٩٧) فإنه لا يتقادم إلاَّ بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ كتابة السند.

المادة ٤٢٦: تبدأ مدة التقادم من اليوم الذي يكون فيه الحق مستحق الأداء.

المادة ٤٢٧: إذا انتقل الحق من سلف إلى خلف تُضمّ المدتان في حساب التقادم.

المادة ٤٢٨: تحسب مدة التقادم بالأيام، ولا يُحسب اليوم الأول وتتم بنهاية اليوم المماثل لليوم الذي بدأ به حساب التقادم.

المادة ٤٢٩: يقف سريان التقادم كلما وُجد عذر شرعي تتعذر معه المطالبة بالحق فلا تُحسب مدة قيام العذر.

المادة ٤٣٠: إذا ترك الدائنون المتعددون الادعاء بالحق، يسري التقادم على من ليس له عذر شرعي منهم.

المادة ٤٣١:

١ - تنقطع مدة التقادم:

أ - بإقرار المدين بالحق صراحة أو دلالة.

ب - بالمطالبة القضائية ولو كانت المحكمة غير مختصة.

ج - بأي إجراء آخر يقوم به الدائن للتمسك بحقه.

٢ - إذا انقطع التقادم بدأت له مدة جديدة مماثلة.

المادة ٤٣٢:

١ - لا يجوز الاتفاق على تقصير مدة التقادم أو إطالتها.

٢ - لا يجوز إسقاط المدين حقه في التمسك بالتقادم قبل ثبوت هذا الحق له.

٣ - إسقاط المدين حقه في التمسك بالتقادم ضد بعض دائنيه لا ينفذ على الباقين إذا أضرّ بهم.

المادة ٤٣٣:

١ - لا تقضي المحكمة بالتقادم إلاّ بناءً على طلب المدين، أو ذي مصلحة فيه.

٢ - يجوز التمسك بالتقادم في جميع مراحل الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف ما لم يسبق التنازل عنه صراحة أو دلالة.

بفضل الله تعالى ونعمته تم هذا الاخراج الجديد للجزء الثالث «المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي» من السلسلة الفقهية ذات العنوان العام:

«الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد»

وهو المرجو جلت قدرته أن يحقق بها النفع العام، ويجعلها خالصة لوجهه الكريم، وأن ييسر تمام بقية أجزائها.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع | **الصفحة**

الموضوع | الصفحة

الباب الرابع: في الأشخاص

الموضوع	الصفحة

إقرأ للمؤلف :

١ـ المدخل الفقهي العام ١ ـ ٢

(في طبعته الجديدة)

٢ـ فتاوى مصطفى الزرقا

٣ـ عقد البيع

(طبعة جديدة)

إقرأ للمؤلف :

فتاوى

عشْق

مصطفى الزرقا

كتاب يضم مجموعة كبيرة

من الفتاوى في العبادات والمعاملات،

وفي مختلف شؤون الحياة